

DE LA DÉTERMINATION DU MANDAT SALARIÉ (Mandat salarié et activité professionnelle)

Thèse pour le Doctorat en Droit

Présentée et soutenue le jeudi 21 mai, à 2 heures.

PAR

Paul COLIN

JURY

Président : M. RIPERT, Professeur.

Suffragants : MM. ROUAST, Professeur.

LE BRAS, Professeur.

PARIS

LES PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE

49, BOULEVARD SAINT-MICHEL, (v°)

1931

DE LA DÉTERMINATION DU MANDAT SALARIÉ
(Mandat salarié et activité professionnelle)

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

DE LA DÉTERMINATION DU MANDAT SALARIÉ (Mandat salarié et activité professionnelle)

Thèse pour le Doctorat en Droit

Présentée et soutenue le jeudi 21 mai, à 2 heures.

PAR

Paul COLIN

JURY

Président : M. RIPERT, Professeur.
Suffragants : MM. ROUAST, Professeur.
LE BRAS, Professeur.

PARIS

LES PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE

49, BOULEVARD SAINT-MICHEL, (v°)

1931



BIBLIOGRAPHIE

- ABELLO. — Della locazione, Vol. II, dans *Il diritto civile italiano* per cura di Pasquale Fiore. Napoli, 1908.
- ACCARIAS. — Précis de droit romain. Tome II, 4^e édit. Paris 1886.
- Théorie des contrats innommés. 9^e conférence, Paris, 1872.
- AUBRY ET RAU. — Cours de droit civil français. Tomes 5 et 6, 5^e édit. Paris 1921.
- BARASSI. — Mandato, deposito e contratto di lavoro, dans la *Rivista di diritto commerciale*, 1914.
- Il contratto di lavoro. Milano, 1901.
- BAUDRY-LACANTINERIE ET WAHL. — Traité des contrats aléatoires. Traité du louage. Paris, 1898-1899.
- BEAUMANOIR. — Coutume du Bauvoisis, édit. par Beugnot. Paris, 1847.
- BEAUNE. — Les contrats. Paris, 1889.
- BOLAND. — De la représentation dans les contrats. Thèse Liège, 1927.
- BONFANTE. — Histoire du droit romain. Trad. par J. Carrère et F. Fournier. 2 vol. Paris, 1928.
- BOYER. — Essai sur la représentation dans les actes juridiques. Thèse Toulouse, 1898.
- BRISSAUD. — Manuel d'histoire du droit français. Paris, 1898.
- CARBONI. — Carattere differenziale tra mandato e locazione d'opera, dans la *Rivista di diritto civile*, 1915.
- COLIN ET CAPITANT. — Cours de droit civil. T. II.
- CUQ. — Les Institutions juridiques des Romains. T. I et II. Paris, 1902.
- DALLANT. — La notion de préposé dans l'article 1384 du code civil. Thèse Poitiers, 1928.
- DAREMBERG ET SAGLIO. — Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines. Paris, 1873 à 1912.
- DEMOGUE. — Traité des obligations en général.
- DE FRANCISCI. — Sunallagma. Tome I, Pavie, 1913; T. II, 1916.

- FRIEDLAENDER. — Mœurs romaines du règne d'Auguste à la fin des Antonins. Trad. par Vogel. Paris, 1865.
- GIRARD. — Manuel de droit romain. 8^e édit. Paris, 1924.
- GLASSON. — Histoire du droit et des institutions de la France. Paris, 1887-1903.
- JOSSERAND. — Cours de droit civil positif français. T. II, Paris 1930.
- LA LUMIA. — Mandato e locazione di opere. Il diritto commerciale. 1911.
- LABAND. — Die Stellvertretung bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften, dans Goldschmidt's Zeitschrift, vol. X.
- LABBÉ. — De la représentation dans les actes juridiques. Appendice au Tome III d'Ortolan. Paris, 1883.
- LAURENT. — Principes de droit civil. Tome 27. 3^e édit. Bruxelles, 1878.
- LEREBOURS-PIGEONNIÈRE. — Du prête-nom. Thèse, Caen, 1898.
- LYON-CAEN ET RENAULT. — Traité de droit commercial, 5^e édit., avec la collaboration de A. Amiaud. Paris, 1929.
- MAGNO. — Locazione e mandato nel progetto italo-francese delle obbligazione e dei contratti, dans la Rivista di diritto civile, 1929.
- MITTEIS. — Die lehre von der Stellvertretung. Wien, 1885.
- NATTINI. — La dottrina generale della procura. La rappresentanza. Milan, 1910.
- NEMOURS Auguste. — De la distinction du mandat salarié et du louage de services. Thèse, Paris, 1914.
- PERNICE. — Festgabe für Beseler, 1885. Trad. ital. Archivio giuridico, 1886.
- PICARD M. — La gestion d'affaires dans la jurisprudence contemporaine. Rev. trim. 1921 et 1922.
- PILON. — Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations. Thèse Caen, 1897.
- PLANIOL ET RIPERT. — Traité élémentaire de droit civil. T. II. Paris, 1926.
- PLANIOL ET RIPERT. — Traité pratique de droit civil.
- PLANIOL. — Classification synthétique des contrats. Revue critique de législation et de jurisprudence. 1904.
- — — — — Projet de code franco-italien des obligations et des contrats.
- SRAFFA. — Il mandato e la rappresentanza nel codice di commercio. Firenze, 1898.
- TARTUFARI. — Della rappresentanza nella conclusione dei contratti; dans Archivio giuridico, 1889, 1890, 1891.

TROPLONG. — Traité du mandat. Paris, 1846.

VALÉRY. — Des caractères distinctifs du contrat de mandat.
Thèse Aix, 1898.

WALLON. — Histoire de l'esclavage dans l'Antiquité. 3 vol.
Paris, 1879.

WINDSCHEID. — Lehrbuch des Pandektenrechts, trad. par
Fadda et Bensa. Turin, 1904.

ABBREVIATIONS

D. Dalloz périodique.

DH. Dalloz hebdomadaire.

Pand. fr. Pandectes françaises.

S. Sirey Recueil.

Gaz. Pal. Gazette-Palais.

Gaz. Trib. Gazette des tribunaux.

Rev. trim. Revue trimestrielle de droit civil.

Rev. crit. Revue critique de législation et de jurisprudence.

J. Soc. Journal des sociétés.

Rec. pér. ass. Recueil périodique des assurances.

Riv. dir. civ. Rivista di diritto civile.

INTRODUCTION

1. — Déterminer une action, un objet en général, c'est en préciser, en fixer les limites, et par là-même en définir le caractère. De même la détermination d'un contrat, c'est la recherche, l'étude des limites de ce contrat, conduisant à l'établissement de ses principaux caractères. Le mandat, en général, offre certains éléments qui sont précisés par notre code civil aux articles 1984 et suivants. « Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ». Le mandataire doit agir pour le compte du mandant dont il a reçu pouvoir, telle est donc l'essence même du mandat.

Ces mêmes éléments caractérisent encore ce contrat lorsqu'il comporte une rémunération, qui d'ailleurs, suivant l'article 1986, ne devrait se présenter que comme une exception à la règle principale de la gratuité. Mais, précisément, cette onérosité du mandat va soulever tout le problème de sa détermination; c'est qu'en devenant salarié, le mandat s'est étrangement rapproché d'autres contrats qui ont pour objet une prestation d'activité, de services essentiellement ordonnés au paiement d'une rémunération, le louage de services et le louage d'ouvrage (contrat de travail et contrat d'entreprise). La prestation qui en fait

l'objet est également destinée à profiter à autrui, à celui qui met en œuvre ces services.

Les faits, la réalité, en l'espèce des conventions mal définies, chevauchant sur diverses catégories juridiques sans y rentrer absolument, ont amené à envisager les rapports du mandat salarié et des contrats ayant pour objet le travail. La complexité réelle présentée par nombre de situations qui semblaient à la fois toucher aux trois contrats envisagés, se présente au juriste dans toute son acuité; des exemples nous en trouverons en foule, et voici déjà le cas d'un employé d'une administration de chemins de fer préposé à l'émission des billets ou titres de circulation des voyageurs; agit-il en vertu d'un contrat de travail qui l'oblige envers la compagnie à la prestation de pareils services, ou en vertu d'un contrat de mandat, puisqu'il agit au nom de cette compagnie, qu'il établit au voyageur son droit au transport et perçoit le prix du billet? Quel est aussi le contrat passé entre un avocat et son client, entre un notaire et les individus qui ont recours à ses services, entre un médecin et son patient? Des difficultés nombreuses surgissent du fait que ces contrats sont caractérisés par des éléments spéciaux à chacun d'entre eux et qu'il devient particulièrement difficile de les classer dans le domaine exclusif du mandat salarié ou des contrats voisins, contrats de travail et d'entreprise. Devant la complexité des cas que l'on doit rencontrer, faut-il adopter un principe de catégorisation systématique, de simplicité nécessaire? En présence de contrats mixtes, faut-il appliquer un ré-

gime unique ! Tout le problème des catégories réelles est ainsi évoqué. « Il semble que le contenu concret (du contrat) puisse incontestablement varier à l'infini, suivant la mobilité des intérêts qui le suscitent et les nuances des volontés qui le créent » ¹. Appliquer les règles strictes d'une catégorie donnée, vouloir méconnaître les éléments spéciaux que les parties ont voulu inclure dans leur contrat, serait s'insurger sans raison et sans droit contre leur volonté. Il faut bien admettre l'existence de contrats *sui generis* et notre jurisprudence est favorable à cette reconnaissance ². Celle-ci ne peut d'ailleurs être repoussée du moment qu'est admis le principe de l'autonomie des volontés et que force obligatoire est reconnue aux conventions formées par elles si disparates que soient ces conventions, à condition qu'elles ne violent pas une prescription légale restrictive de la volonté des parties.

Cependant sans vouloir absolument, et contre les réalités, procéder à une catégorisation des situations qui se présentent, il est intéressant de les rapprocher des contrats de mandat, de travail et d'entreprise; et, si possible, lorsque les parties ne se sont pas formellement exprimées sur la nature des conventions ainsi formées, ce qui sera l'hypothèse la plus fré-

(1) GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*. Paris. 1921, T. III, p. 135, N° 209.

(2) Cass. Civ. 1^{er} mars 1897, S. 1897. I. 220; Paris, 14 nov. 1911. S. 1914. 2. 233, note de WAHL. Le terme de contrat innommé est une expression qui n'est peut-être pas très heureuse en raison du sens spécial qui lui était attaché en droit romain; aujourd'hui il faudrait l'entendre comme désignant les contrats qui ne présentent pas absolument les caractères prévus par notre droit civil positif aux catégories établies. Cf. DEMOGUE, note au S. 1908. I. 81, *vr.* p. 83; AUBRY et RAU, 5^e édit. T. 4, § 341.

quente, de leur appliquer, au moins par analogie³, les règles que comportent les dispositions légales concernant ces contrats. Ces « règles édictées pour certains contrats prévus et organisés par le droit moderne (contrats nommés *hoc sensu*) s'étendent nécessairement aux autres contrats particuliers (contrats innommés) qui présentent avec les premiers un trait commun décisif sur le point ayant motivé les règles dont il s'agit »⁴. On se basera sur les traits les plus saillants du phénomène que l'on envisage de manière à lui appliquer les règles juridiques d'une catégorie dont il se rapproche davantage.

Une solution par trop rigide risquerait d'être factice, et il est donc préférable de saisir la réalité dans toute son intégrité, de s'en tenir à un principe de superposition des contrats, de soudure d'éléments disparates⁵. Il est bien évident que nous trouverons des contrats trop complexes et formés d'éléments trop divers pour que l'on puisse les faire rentrer dans une catégorie unique.

Le fait de classer une convention plutôt dans la catégorie du mandat que dans celles du louage de services ou d'ouvrage présente un réel intérêt pratique. En présence de contrats ayant pour objet une prestation d'activité, doit-on appliquer les règles de l'une ou l'autre de ces catégories ? Elles présentent en effet entre elles des différences nombreuses

(3) Sur l'emploi judiciaire de l'analogie, Cf. GÉNY, op. cit. T. I., p. 154.

(4) GÉNY, op. cit. t. III, p. 141.

(5) PLANIOL et RIPERT. Traité pratique de droit civil, T. 6, par ESMEIN, p. 52; PLANIOL, note sous Cass. Civ. 18 oct. 1911, D. 1912. I. 113.

et profondes dans le domaine des conséquences juridiques qu'elles emportent. Parfois même la conséquence commande la qualification; on qualifiera un contrat de telle façon qu'il puisse se voir appliquer les conséquences envisagées; ainsi pour obtenir l'application de l'article 2.000 du code civil, disposition favorable au mandataire pour l'indemnisation complète de ses pertes, on cherchera à interpréter comme un mandat un contrat dont l'exécution a entraîné un préjudice pour celui qui l'a réalisé, alors que celui-ci ne serait pas indemnisé s'il était simple locateur de services ⁶. Toutes les différences pratiques que nous évoquerons ne seront pas également distinctives du mandat et de ses deux contrats voisins, louage de services ou d'ouvrage (que nous appellerions plus volontiers contrat de travail et contrat d'entreprise, sans prétendre d'ailleurs faire coïncider exactement dans leur compréhension les termes adoptés et les premières expressions) ⁷. Si certaines

(6) Gand, 9 févr. 1904, Belgique judiciaire, 17 et 20 mars 1904. Cet arrêt d'ailleurs a rejeté la prétention des demandeurs et refusé la qualification de mandat au contrat intervenu.

(7) Le terme contrat de travail a été l'objet de vives critiques et les raisons de méthode qu'on lui a opposées sont en effet irréductibles : un contrat doit être déterminé par sa nature, son but; donc, il faut adopter le terme louage de travail. PLANIOL, Traité élémentaire. T. II, n° 1826; COSTES, note au S. 1928. I. 65. — Contra, BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, Traité du louage, T. II, p. 4. Cette objection n'est pas cependant suffisante pour dénier toute valeur à une expression que la pratique et la loi elle-même ont aujourd'hui consacrée. COLIN et CAPITANT, Cours de droit civil, 2^e édit. T. II, p. 586; PIC, Cours de législation industrielle; Bulletin de la Société d'études législatives, 1905, p. 499; code du travail, art. 23, 25, 31 du livre I; projet de code franco-italien des obligations et des contrats, art. 507. Le contrat ayant pour objet le travail humain a acquis une autonomie telle qu'il est désormais impossible de le rapprocher du louage de choses; ce rapprochement résulte d'une influence exclusivement romaniste. DESCHAMPS, Sur l'expression *locare operas* et le travail comme objet

de ces différences, en effet, séparent le mandat de ces contrats, les autres ne le distinguent que du contrat du travail.

2. — Intérêts pratiques de la détermination du mandat salarié :

1) La jurisprudence se reconnaît le droit de réduire le salaire du mandataire, mais non pas le salaire de celui qui est lié par un contrat de travail ou un contrat d'entreprise. De très nombreuses décisions réduisent en effet les salaires stipulés comme rémunération des services fournis par un mandataire⁸. Elles obéissent d'ailleurs souvent, en le faisant, à des considérations d'ordre pratique, en raison des abus fréquents de stipulations d'honoraires forfaitaires⁹, mais sans même essayer, dans la majorité des cas, de se fonder sur les essais d'explication théoriques qui ont été donnés pour étayer ces solutions¹⁰. Le droit de réduction est en effet plei-

de contrat à Rome, dans *Mélanges Gérardin*. Le contrat de travail ne saurait, comme le louage, être uniquement soumis à la volonté souveraine des parties, mais il requiert l'activité protectrice de la loi; il déborde d'ailleurs l'ancienne catégorie du louage des services, et une partie du louage d'ouvrage tombe dans son domaine.

(8) Cass. 13 mai 1884, D 1885. 1. 21; 24 fév. 1891, D 1891. 5. 336; Cass. Req. 1^{er} déc. 1891, D. 1892. 1. 209, S. 1893. 1. 497; Req. 12 déc. 1911, D. 1913. 1. 129, note de FEUILLOLEY; 11 mars 1913, D. 1913. 1. 408, S. 1913. 1. 240; Lyon, 25 avril 1929. Mon. judic. de Lyon, 29 nov. 1929.

(9) Ainsi la jurisprudence se reconnaît formellement le droit de contrôle des honoraires accordés aux agents d'affaires. Req. 12 déc. 1911, préc.; Aix, 5 juil. 1926, Gaz. Pal. 1926. 2. 491; Dijon, 19 nov. 1927, Gaz. Pal. 1928. 1. 229.

(10) Cf. cependant Paris, 3 avril 1873, D. 1873. 2. 109, qui invoque pour réduire le salaire d'un mandataire le fait que la cause de l'obligation de rémunérer ne prend naissance qu'après l'exécution du mandat et que, par suite, elle n'a pu être appréciée au moment de la formation même du contrat; le juge, donc peut l'examiner entièrement. Une théorie a également invoqué la lésion pour fonder le droit que s'arrogent les tribunaux. PERRIN. *Essai*

nement justifié si un des contractants a imposé des conditions extraordinaires à l'autre partie qui, étant donné sa situation, n'a pu se défendre¹¹, ou encore si le mandat a été révoqué avant que le mandataire n'ait accompli tous les services qu'il s'était engagé à rendre et en raison des fautes accomplies par celui-ci dans l'exécution du contrat. La doctrine invoque contre ce droit de contrôle des tribunaux le principe de la liberté des conventions qui se trouve ainsi violé, sans que rien ne le justifie très souvent¹²; mais ce n'est qu'un exemple des efforts de la jurisprudence pour agrandir le domaine de la lésion, pour sanctionner l'abus de la force économique d'un contractant sur l'autre, et le danger d'une exploitation¹³.

2) L'article 2000 qui oblige le mandant à rembourser au mandataire les pertes subies dans l'exercice du

sur la réductibilité des obligations excessives. Thèse Paris 1905, p. 300, 305, 332; la disproportion des prestations ferait présumer l'inexpérience, l'erreur même du contractant. M. MAURY, lui, juge que « le pouvoir de réduction fondé sur l'idée de cause insuffisante est la conséquence du caractère technique de la prestation correspondant à l'obligation réduite, caractère qui, pour un homme de sens et de jugement moyen, rend cette prestation inappréciable ». Essai sur le rôle de la notion d'équivalence, thèse Toulouse 1920, T. I, p. 194. Mais on ne voit pas très bien à quelles limites précises devra s'arrêter cette notion de technicité des services et avec elle la réduction des salaires.

(11) G. RIPERT, *Rev. crit.* 1907, p. 193, jurisprudence civile.

(12) PLANIOL, *Traité élément.* n° 2236, p. 747; BAUDRY et WAHL, *Traité du mandat*, p. 354.

(13) G. RIPERT, *Règle morale dans les obligations*, p. 117; DEMONTÉS, *De la lésion dans les contrats entre majeurs*, p. 139. MORIN, *La loi et le contrat*, p. 60; *Bullet. Soc. d'Etudes législatives*, 1921, p. 216 et 1922, p. 26 et s. Nous assistons à une tentative d'introduction de prescriptions légales qui établiraient la lésion comme une cause générale de rescision des contrats. L'autonomie des volontés est bien fréquemment inexistante, leur force obligatoire n'est donc pas inattaquable et, dans ces hypothèses, le juge doit éviter de sanctionner une disproportion trop forte entre les prestations, le manque d'équivalence objective; son devoir est avant tout de réaliser le juste.

mandat n'est pas applicable aux contrats de travail et d'entreprise¹⁴. Cette solution a d'ailleurs été vivement critiquée et on lui a fait le reproche d'être injuste, car cette disposition ne devrait s'appliquer réellement qu'au mandat gratuit. Si on l'applique au mandat salarié, il n'est pas juste de la refuser aux individus liés par un contrat de travail ou d'entreprise¹⁵. La jurisprudence est bien loin de se montrer fixée sur la solution à adopter; en des cas où le lien intervenu entre les parties apparaît comme un louage de services, elle accorde cependant une rémunération sur la base de l'article 2000¹⁶. Ceci prouve qu'elle se laisse très souvent guider par la notion d'équité, quoique celle-ci d'ailleurs ne conduise pas les différents tribunaux à fournir des décisions inspirées du même esprit et non contradictoires.

3) La plus importante des différences entre le mandat salarié et le contrat de travail vient du droit de révocation qu'a le mandant envers son mandataire (art. 2004). « Le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble ». Les dispositions sanctionnant la révocation d'un ouvrier par son patron sont contenues à l'article 23 du code de travail

(14) Cass. civ., 14 avr. 1886, S. 1887. 1. 76.

(15) DEREUX, Du dommage éprouvé au service d'autrui; Rev. Trim. 1908.

(16) Paris, 14 août 1852, D. 1853. 2. 75; Req. 28 oct. 1907, D. 1908. 1. 481, note de BOISTEL, S. 1912. 1. 301. Le directeur en Amérique des services de la compagnie française des câbles fut tué lors de la catastrophe de la Martinique. La cour de Paris a accordé à sa veuve et à ses enfants une indemnité sur la base de l'article 2000. Mais il est manifeste que la décision de la cour est purement une solution d'équité, car le lien existant entre la compagnie et son directeur était bien un louage de services et l'on a dû invoquer l'existence d'un mandat tacite, existence toute problématique. Et d'autre part la faible somme allouée à titre d'indemnité ne consacre pas non plus le principe de la réparation intégrale.

(art. 1780 du code civil, modifié par la loi du 27 décembre 1890) repris par une loi du 19 juillet 1928¹⁷. (Ces dispositions par contre ne s'appliquent pas au contrat d'entreprise). « ...La résiliation du contrat par la volonté d'un seul des contractants peut donner lieu à des dommages et intérêts ». On comprend ainsi l'intérêt qu'il y a de connaître, au cas de révocation du contrat, si l'individu révoqué était lié par un mandat ou par un contrat de travail. Mais si, théoriquement, cette différence nous apparaît aussi formelle, pratiquement tout l'intérêt qu'elle pourrait présenter en de nombreuses espèces paraît s'évanouir; car si un mandataire salarié peut être révoqué comme tout mandataire et n'a donc pas droit à l'application des règles de l'article 1780 du code civil¹⁸, il peut cependant prétendre à une indemnité si sa révocation a eu lieu sans motifs, si elle a été intempestive et lui a causé un préjudice¹⁹; le mandataire salarié peut toujours être révoqué, mais il a droit à des dommages et intérêts si le mandant est jugé fautif quant à son acte de révocation. La résiliation du contrat de travail

(17) Loi 19 juil. 1928, modif. l'art. 23 du code trav. Journal officiel, 21 juil. 1928. D. 1929. 4. 154. — Cf. sur la rupture abusive du contrat de travail. Chronique de A. Ronast, au D.H. 1928, p. 5 et s.

(18) Cass. civ., 10 nov. 1891, S. 1891. 1. 529, D. 1892. 1. 406; 18 juil. 1892, S. 1892. 1. 337, D. 1892. 1. 585. Cf. PERREAU, Rev. Trim. 1928. La loi du 16 déc. 1927 et ses répercussions sur le contrat de mandat.

(19) Cas. civ., 19 nov. 1889, S. 1891. 1. 508, D. 1890. 1. 295; 18 juil. 1892, préc.; Nancy, 2 févr. 1909, D. 1910. 2. 268; Civ. 4 mars 1914, D. 1916. 1. 68; Req. 2 juin 1924, Rev. Trim. 1924, p. 1008; Dijon, 19 nov. 1927, Gaz. Pal. 1928. 1. 229. Mais il ne faut pas aller jusqu'à dire que la faculté pour le mandant de révoquer son mandataire n'existe jamais si le mandat est conçu dans l'intérêt des deux contractants. Cass., 13 mai 1885, S. 1887. 1. 220; JOSSERAND, Cours droit civ. T. II, p. 679; l'article 2004 qui établit le droit de révocation est absolu et tout mandat est révocable, sauf dommages et intérêts, s'il y a lieu. DEMOGUE, Rev. Trim. 1907, p. 272.

donne lieu également à des dommages et intérêts, mais il faut encore que cette résiliation soit intempestive et la charge de la preuve repose sur l'ouvrier congédié, ce qui rapproche en fait singulièrement son cas de celui du mandataire salarié. On aurait pu croire que la loi du 19 juillet 1928 fût venue mettre un terme à cette situation ²⁰ et imposer à la partie qui a rompu le contrat la justification de cette rupture, mais un arrêt récent de la chambre civile de la cour de cassation ²¹ a interprété les dispositions nouvelles de la loi comme maintenant la règle suivant laquelle le fardeau de la preuve incombe toujours à l'ouvrier révoqué. D'où, en pratique, le bénéficiaire d'un contrat de travail et le mandataire salarié révoqués seront tous deux dans une situation fort identique : ils ont droit à des dommages et intérêts, à condition que la révocation soit sans motifs valables.

4) Le contrat de mandat ne fournit aucun privilège au mandataire, alors qu'au contraire contrat de travail et contrat d'entreprise en emportent un grand nombre : ainsi celui des domestiques et gens de services (article 2101); celui des ouvriers et commis (article 549 du code de commerce); celui des médecins (article 2101, 3°), et encore des privilèges spéciaux pour les matelots, ouvriers maritimes, voiturier, architecte, etc...

5) Si l'on admet que le mandat, même salarié est

(20) Art. 23 nouveau du livre 1^{er} du code de travail : « Le tribunal, pour apprécier s'il y a abus, pourra faire une enquête sur les circonstances de la rupture. Le jugement devra en tout cas mentionner expressément le motif allégué par la partie qui aura rompu le contrat. »

(21) Cass. civ. 18 mars 1930. D. 1930. 1. 71, note A. ROUAST.

un contrat synallagmatique imparfait, l'article 1325 ne lui est pas applicable; le contrat d'entreprise au contraire est un contrat synallagmatique parfait et, dès lors, l'écrit qui le constate est soumis à la formalité double; quant au contrat de travail, également synallagmatique parfait, il est dispensé de cette formalité ²².

6) Les lois relatives à la protection du travailleur s'appliquant au contrat de travail, comme la loi sur les accidents du travail (9 avril 1898), la loi sur le repos hebdomadaire (13 juillet 1906), celle sur l'insaisissabilité relative des salaires (12 janvier 1895 et 5 avril 1910, modifiées par la loi du 4 août 1930) ²³, ne concernent pas le mandataire.

7) S'il survient un procès entre le mandant et le mandataire, ce procès est la compétence des tribunaux ordinaires; les conflits entre employeur et employé peuvent au contraire relever de la compétence des conseils de prud'hommes.

8) Le point de départ des intérêts dûs au mandataire est différent du point de départ de droit commun; l'article 2001 accorde au mandataire le droit à l'intérêt de ses avances du jour où il a fait chacune d'elles et cela de plein droit, contrairement à l'article 1153 qui exige toujours une sommation. (Loi du 7 avril 1900).

9) La situation du mandataire est également différente de celle des personnes passant un contrat de

(22) Cass., 12 nov. 1913, D. 1914. 1. 289, S. 1914. 1. 245.

(23) Loi du 4 août 1930, J. off., 6 août 1930, p. 9074. Loi modifiant les articles 61, 62, 63, 64, 69, 70a, 73 et 73b du titre III du livre I du code du travail, chap. IV (de la saisie arrêt et de la cession des salaires et petits traitements).

travail ou d'entreprise; le mandataire qui traite au nom du mandant n'a pas besoin d'être capable de contracter, car il ne s'engage pas personnellement, ainsi les mineurs et les femmes mariées peuvent être mandataires (art. 1990); ces mêmes personnes, au contraire, ne pourraient passer un contrat de travail ou d'entreprise sans être habilitées.

10) Si un mandat a été donné par plusieurs individus pour une affaire commune, ces mandants sont tenus solidairement envers leur mandataire, (art. 2002); au contraire les personnes qui fournissent à autrui leur activité en vertu d'un contrat de travail ou d'entreprise, ne jouissent pas de plein droit d'une action solidaire contre leurs cocontractants.

Telles sont les principales conséquences pratiques différentes engendrées par l'application du mandat salarié ou du contrat de travail ou de celui d'entreprise.

Limitation du problème et Plan.

3. — Ces seuls intérêts pratiques exigeraient déjà suffisamment que nous parvenions à une détermination précise du mandat salarié, car ils concernent au premier chef les contrats mêmes qui forment les limites du mandat, le contrat de travail et le contrat d'entreprise; ils ont essentiellement pour objet l'activité humaine dans le domaine professionnel, ils naîtront à l'occasion des services qu'un ouvrier rendra à un industriel, et que l'industriel à son tour fournira au public, mais services d'une technicité plus ou moins élevée, qualifiés ou non, qui constituent pour

le sujet actif son élément vital, sa fonction normale. La rémunération stipulée forme la contre prestation primordiale de l'activité qui est à la base des contrats de travail et d'entreprise; elle constitue le but principal et nécessaire visé par les parties et qui commande souvent l'orientation de leurs énergies. Le contrat de mandat, par contre, n'apparaît pas comme essentiellement commandé par une rémunération et l'existence d'une somme à verser au mandataire (qui se présente comme exceptionnelle) doit y être expressément stipulée, sauf en certaines hypothèses où le contrat est présumé salarié. Même s'il comporte un salaire, le mandat n'est pas essentiellement un contrat d'ordre professionnel où les services exigés du mandataire forment l'élément nécessaire et normal de l'activité de cet individu.

Contrat de travail et contrat d'entreprise eux-mêmes, il est vrai, peuvent aussi se conclure entre personnes pour qui ils constitueront, occasionnellement, un ensemble de prestations qui ne comportent pas pour elles l'exercice de leurs fonctions normales et dont la rémunération cependant viendra grossir les sommes qu'elles obtiennent de l'exercice régulier de leur profession; mais tel n'est pas leur objet habituel. Le mandat salarié lui-même dont nous avons à tracer les limites, comportera le plus fréquemment, dans les cas au moins où la distinction d'avec le contrat de travail et celui d'entreprise apparaît comme particulièrement difficile à saisir, les services d'un professionnel, d'un individu qui a pour activité régulière et normale d'accomplir des man-

datés pour autrui; ce caractère de profession précisément, dont l'individu tire ses moyens d'existence, rendra l'exercice du mandat présumé salarié, il deviendra donc inutile de prouver son onérosité; tels sont les cas de l'avoué, de l'avocat, du notaire (ce dernier cependant discuté); dans ces hypothèses, le salaire attaché au contrat de mandat perd aussi son caractère de règle exceptionnelle, il devient le but essentiel envisagé par celui qui a promis d'agir pour autrui.

Ce qui viendra compliquer l'examen de la détermination du mandat, c'est qu'aux limites de ce contrat, on ne pourra se contenter d'une opposition principale, mandat d'une part et contrats ayant pour objet une prestation de travail en général d'autre part; il faudra encore réaliser une distinction accessoire, car le contrat de travail ne se présente pas exactement vis-à-vis du mandat sur les mêmes limites que le contrat d'entreprise. Déjà, quant aux conséquences pratiques examinées, on peut établir qu'il est intéressant de séparer exactement contrat de travail et contrat d'entreprise, ces conséquences en effet n'intervenant toutes qu'entre le premier de ces contrats et le mandat. D'autre part, en présence des cas typiques qui se présenteront lors de l'examen des limites que nous rechercherons (par exemple ceux du médecin, du directeur de société, de l'architecte) et si la qualification de mandataire ne se révèle pas exacte, il sera utile, pour parvenir à une détermination précise et complète, de connaître si l'individu qui a fourni ses services était lié par un contrat de travail ou un con-

trat d'entreprise. Les éléments de distinction qui seront étudiés, ne présenteront d'ailleurs pas le même intérêt lorsque l'on déterminera le mandat vis-à-vis de l'un ou l'autre de ces contrats.

4. — La détermination du mandat salarié d'ailleurs risque d'être factice et d'ordre purement théorique si l'on ne procédait, concurremment à un examen des solutions idéales, à une appréciation réaliste des cas pratiques qui en comportent l'application; ce sont des cas dont on discute toujours pour savoir si les sujets, acteurs ou bénéficiaires, doivent être qualifiés de mandataires et de mandants. Le domaine professionnel nous offrira les conventions les plus intéressantes, au sujet desquelles la jurisprudence se trouve souvent en désaccord. On pourra d'ailleurs aisément constater alors, que, en la matière, vouloir procéder avec une logique impeccable, construire une classification rigide, serait violer ouvertement la réalité la plus évidente et par là-même anéantir l'effet des conventions les plus souples que les parties ont formées.

Par l'examen successif des divers éléments caractéristiques de l'activité professionnelle, nous chercherons à atteindre une détermination exacte du mandat salarié; cet examen nous sera un cadre utile et logique pour établir aussi ses limites avec les contrats de travail et d'entreprise; nous examinerons donc certaines professions au sujet desquelles la jurisprudence a fourni des indications précieuses relatives au mandat salarié; seules les plus typiques seront envisagées, il n'est pas évidemment question d'en épuiser la liste.

Au cours de cette étude, nous aurons aussi l'occasion d'insister sur l'évolution suivie par le contrat de mandat : nous verrons comment son objet, consistant à l'origine aussi bien en actes matériels qu'en actes juridiques, s'est progressivement restreint à ces derniers. La notion de représentation, à laquelle on peut dire que le mandat a servi de support technique de développement, nous fournira la clef de cette évolution dont nous essaierons finalement de préciser la portée, le terme.

Après un chapitre I^{er}, où seront examinées les données historiques du problème, nous aborderons l'étude, en quatre chapitres successifs, des divers éléments principaux présentés par l'activité professionnelle, des caractères qui l'orientent : la rémunération de cette activité, son indépendance, la représentation dans l'activité professionnelle, l'objet qu'elle doit réaliser. De ces éléments nous essaierons de tirer, progressivement, une détermination positive et logique du mandat salarié.

CHAPITRE I.

EXAMEN HISTORIQUE

DROIT ROMAIN.

LE CONTRAT DE MANDAT ET SES APPLICATIONS.

5. — Les solutions qu'apporte le droit romain à la détermination du contrat de mandat sont particulièrement intéressantes pour le droit français, parce qu'elles ont nettement influé les dispositions de notre Code civil; à travers tout l'ancien droit, elles sont parvenues jusqu'à nous, mais transformées lentement par l'apparition d'éléments nouveaux, tel que la représentation. Aujourd'hui encore le Code allemand a repris la vieille tradition romaine de la gratuité du mandat. Notre jurisprudence française rencontre également nombre de difficultés que le droit romain lui-même avait déjà rencontrées, difficultés relatives notamment aux professions libérales, à la détermination des contrats intervenus entre ces professions et leur clientèle et l'imprécision des solutions actuelles ne fait en somme que rejoindre l'incertitude indéniable des solutions Romaines.

A Rome, comme de nos jours, les juristes se sont efforcés de distinguer le mandat du louage de ser-

vices, tous deux représentant des modes habituels de prestation de services. Le développement juridique de ces contrats ne pouvait d'ailleurs être qu'intimement lié à l'évolution sociale du monde Romain, aux conditions économiques de leur histoire, réaction des faits sur le droit particulièrement significative. L'activité professionnelle, à Rome même, a présenté parfois des difficultés de détermination contractuelle. Mandat ou louage ou contrat innommé ? catégories juridiques tour à tour invoquées pour la qualification des conventions ayant pour objet les services des professions libérales. C'est en examinant ces difficultés que nous verrons le contrat de mandat se modifier, perdre son caractère primitif que nous aurons préalablement établi, évoluer enfin sous la pression des nécessités pratiques ; cette évolution qui s'est produite d'une façon principale sur le terrain professionnel, amènera dans le mandat une confusion des caractères précis qui permettaient à l'origine de le déterminer aisément. La reconnaissance de l'élément essentiel au mandat nous sera fournie par l'opposition de ce contrat au louage de services.

SECTION I.

Distinction du Mandat et du Louage.

6. — Quel est donc l'élément primordial qui caractérise le contrat de mandat en droit romain ? Nous le verrons surgir d'une opposition réalisée entre le mandat d'une part et le louage d'activité humaine d'autre part. Il était aussi important en droit romain que de nos jours de ne pas confondre ces deux contrats. Un secrétaire de magistrat, un tailleur qui répare nos vêtements sont-ils des locateurs de services ou des mandataires. Pour parvenir à une réponse certaine, il faut entreprendre tout d'abord de fixer les caractères principaux de l'un et l'autre contrat.

En dehors du louage de choses, le droit Romain connaissait un contrat de louage de travail humain¹, se subdivisant lui-même en deux variétés : *Locatio operarum* et *locatio operis faciendi*².

(1) « Le louage est un contrat par lequel une personne promet à une autre, moyennant une redevance ordinairement fixée en argent, la jouissance d'une chose (*locatio rei*), ses services (*locatio operarum*), ou l'exécution d'un ouvrage (*locatio operis faciendi*) » ; Cug. Institutions juridiques des Romains, T. II, page 423. Paris, 1902.

(2) Le terme *locatio* vient de *locare* qui signifie placer. Que placé-t-on dans le louage de choses ? la réponse est facile puisque l'objet du contrat est un bien matériel, mais en ce qui concerne le louage de services ou le louage d'ouvrage, quel est l'objet placé ? La raison de l'adoption de ce terme *locatio* vient du fait que le contrat de louage de services s'est appliqué aux esclaves ; or, l'esclave pouvait être loué tout aussi bien que vendu, il pouvait y avoir *locatio* au sens originaire du mot ; l'esclave va four-

On a proposé pour distinguer la *locatio operarum* de la *locatio operis faciendi* l'explication qui consiste à rechercher les origines différentes en droit public des deux contrats envisagés³ : « La *locatio rei faciendae* était faite par le censeur seul; la *locatio operarum* par tout magistrat. L'une avait pour objet l'exécution de travaux publics; l'autre, les services des appariteurs ». On peut aussi rechercher le critérium de distinction dans le but poursuivi par les contractants : Le contrat a-t-il pour objet le travail, abstraction faite du résultat, ou au contraire moins le travail comme tel que son résultat final ?⁴ Dans la première hypothèse, on se trouve en présence d'une *locatio operarum*; dans la seconde, d'une *locatio operis faciendi*. Il en résulte une différence quant à la fixation de la merces, qui dans la

nir des *operae* qui seront susceptibles d'un droit réel de la part de celui qui l'emploie; et voilà l'origine de l'expression *locatio operarum*. Mais on ne restreindra pas la portée de ce terme, sa compréhension, au seul contrat portant sur un esclave; on s'en servira aussi pour l'appliquer aux hommes libres qui louent leurs services, leur travail; mais cet objet du contrat ne peut être indépendant du sujet même qui le fournit, et donc ces individus vont être à la fois sujet et objet de la *locatio*. DESCHAMPS, sur l'expression *locare operas* et le travail comme objet de contrat à Rome. Dans *Mélanges Gérardin*.

On n'a pu atteindre cette extension de la *locatio* qu'en passant par-dessus la personne dont le travail est loué, extension inexplicable, sinon par un parallélisme de surface entre louage de choses et louage de services, une contamination du second de ces contrats par le premier, et encore par la manière de procéder des Romains, leur économie en matière de création juridique, économie qui devait se révéler plus exacte quant au louage de services, convention si méprisée à Rome que les juristes ne voyaient pas de raisons suffisantes à un effort de création. *L'économie juridique dans l'Esprit du droit Romain*, de JHERING. Traduction de O. MEUNELAER. T. IV.

Sans l'esclave romain, il est fort probable que l'on n'aurait pas eu l'idée de désigner par le terme de louage un contrat portant sur le travail humain.

(3) Cuq. op. citat. T. I, p. 616 et suivantes.

(4) GIRARD, Manuel de droit Romain, 8^e édit., p. 606.

locatio operarum est proportionnée à la durée des services, alors que dans la locatio operis faciendi elle est fixée à forfait.

En tous cas le droit public fournit l'explication de l'inversion des termes locator et conductor dans la locatio operis faciendi; alors que dans la locatio rei et dans la locatio operarum, le locator est celui qui loue son travail et reçoit la merces, le conductor étant l'employeur, dans la locatio operis faciendi au contraire le locator fournit la merces, car il a commandé le travail et le conductor l'exécute moyennant paiement ⁵.

7. — C'est la locatio operarum, que nous appellerons louage de services, qui nous intéressera principalement, car cette locatio a pour objet les services d'un individu en général, tout comme le mandat. Aussi une remarque est-elle nécessaire quant à son objet : Doit-elle s'appliquer en tous les cas à une chose corporelle, sur laquelle s'exercent les services, s'accomplisse le travail ⁶. Il serait donc nécessaire que le travail exécuté se matérialise en un produit, qu'il ne donne pas seulement lieu à un *ἔργον*, mais à *ἀπότελεσμα*, c'est-à-dire « corpus aliquid perfectum » ⁷. Cette exigence, semble-t-il, ne saurait être appliquée qu'au louage d'ouvrage (locatio operis faciendi); il convient d'ailleurs d'invoquer également

(5) Cf. Cours de droit Romain, 2^e année, M. COLLINET, Paris, 1927, p. 193.

(6) ACCARIAS, Précis de droit Romain, 4^e édit. louage, p. 330 et s. — Dig. 18. 1. 20. de contrah. empt : « Nec posse ullam locationem esse, ubi corpus ipsum non datur ab eo cui id fieret ».

(7) Dig. 50. 16. 5. 1., de verb., signif.

un texte où l'on voit exigée la dation par celui qui loue l'activité d'autrui d'une chose matérielle sur laquelle doit s'exécuter cette activité⁸. Ce texte vise précisément la distinction à faire entre la vente et la *locatio operis faciendi* dans les cas où ces deux contrats sont très voisins; ici, le cas d'une fourniture de tuiles par un ouvrier; et ce n'est que si l'ouvrier travaille sur la matière première, fournie par le débiteur de la merces, qu'il y a louage. D'ailleurs le texte de la loi 20 (Dig. 18.1.) qui exige une dation d'une chose matérielle se trouve au titre « de *contrahendae emptione* », ce qui peut sembler significatif.

Comment affirmer d'ailleurs la nécessité d'une matérialisation même du travail, et sur un objet fourni par le *conductor*, dans la *locatio operarum*, alors que le type de cette *locatio* a été les services rendus par les appariteurs au magistrat⁹, et que l'on trouvait parmi ceux qui louaient leurs services dès portefaix, des crieurs publics, des écrivains (ainsi pour l'*exceptor* dont la profession était d'écrire sous la dictée).

8. — Précisons également la notion de mandat en droit romain. « Le mandat est un contrat par lequel « une personne charge de faire quelque chose dans « son intérêt une autre personne qui accepte gratuitement cette mission »¹⁰. Plaute nous indique la manière dont se formait le mandat : Le mandant

(8) Dig. 18. 1. 165.

(9) PERNICE. *Zeit. Savig. Stif.* 1888, p. 242.

(10) GIRARD, *Manuel de droit romain*, 8^e édit., p. 618, par. 4.

recevait la promesse de son ami, à qui il donnait sa foi, en joignant sa main à la sienne; il lui remettait ainsi le soin de ses intérêts et son ami acceptait ¹¹. Toutefois on pourrait encore hésiter sur l'étymologie du mot mandat, mandare, (manum dare ou manu dare) ¹²; on a également proposé d'entendre le mot manus dans le sens de potestas, l'expression signifierait alors « donner pouvoir » ¹³.

9. — Mais ce pouvoir donné au mandataire n'est pas celui d'agir au nom du mandant, car le mandat romain n'est pas représentatif. Nous ne trouvons pas en droit romain de théorie générale de la représentation; l'idée de représentation, terme qui n'avait pas d'équivalent exact en latin, n'a jamais été formulée de manière expresse. En fait pourtant, dans de nombreux cas à Rome, on admettait la représentation d'une personne par une autre, mais la naissance de ce phénomène s'est produite en dehors des cadres rigides du droit civil : ainsi en matière de tradition, mode de transfert du droit des gens; on l'admit également dans les actes d'acquisition ou d'aliénation de la propriété aussi bien que de la possession, en matière de tutelle et de curatelle (jure praetorio)*.

(11) TYND : Haec per dexteram tuam, te dextera retinens manu,
Obsecro, infidelior mihi ne fuas, quam ego sum tibi,
Tu hoc age, tu mihi herus nunc es, tu patronus,
Tibi commendo spes opesque meas. [tu pater,

PH. :Mandavisti satis ?

Satin habes, mandata quae sunt, facta si refero ?

TYND :Satis.

Ainsi nous est représenté le mandat dans le vieux poète comique des Romains. (PLAUTE, Captiv. acte 2, scène 3, vers 82 et s.).

(12) G. LE BRAS, L'évolution générale du procureur en droit privé romain des origines au III^e siècle. Thèse, Paris 1922.

(13) MAYNZ, Cours de droit romain, II § 220, princip.

Mais le domaine des obligations lui resta longtemps fermé, car, principe fondamental du droit Romain, l'obligation est essentiellement personnelle. L'innovation la plus importante fut réalisée lorsque le préteur donna aux tiers, ayant contracté avec un fils de famille ou un esclave, une action directe contre le *pater familias* (*actio de peculio, quod jussu, et in rem verso*); et surtout, lorsqu'en matière de commerce, maritime ou terrestre, le préteur accorda aux tiers contractant une action contre le préposant, en raison des actes de ses préposés (*actio institoria* ou *exercitoria*).

Mais ce n'était pas là la représentation telle que nous l'entendons aujourd'hui; dans la législation romaine en effet, le préposé reste tenu et le tiers, au lieu d'un seul débiteur, le préposant, se trouve en présence de deux débiteurs; mais ceci n'existe que sur le terrain de la représentation passive; quant à la représentation active, on n'en était pas encore rendu là¹⁴. Ce n'est donc pas en la matière du mandat qu'est née la représentation en droit Romain. Sa conception vraie et actuelle n'était pas encore connue au XIII^e siècle, et ne se fit jour qu'aux XIV^e et XV^e siècles, sous l'influence du droit canon; au XVI^e siècle, la doctrine est fixée.

L'étude des caractères principaux du mandat, acte synallagmatique imparfait, opération essentielle-

(14) Sur le principe de la non représentation à Rome, cf. MITTEIS, *Die lehre von der Stellvertretung*. Vienne 1885; PILON, *Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations*. Thèse, Caen 1897, p. 5 et bibliographie.

ment fiduciaire, doit conduire à l'examen des questions parallèles qu'offre le contrat de louage : l'onérosité ou la gratuité du louage ou du mandat, leur objet réciproque, autant de points qui mènent à une détermination exacte du mandat salarié.

§ 1^{er}. — *Objet du mandat et du louage.*

10. — Une constatation s'impose dès l'abord de cette question : mandat et louage ont un terrain commun, les actes matériels. Ceci est net, au moins pour le contrat de louage; tous les services matériels que l'homme peut rendre sont susceptibles d'être loués, services qui d'ailleurs peuvent ne pas exiger un art, ou une industrie spéciale; mais ils doivent pouvoir être évalués en argent; et par le fait même se trouvent exclus les services d'une nature plus relevée, tels que ceux rendus par un avocat, un professeur, etc... car ils sont inappréciables en argent.

Quant au mandat, il s'applique aux faits matériels; nous avons en effet un texte de Gaius qui est formel à cet égard ¹⁵. « Si tibi polienda sarcierendave vestimenta dederim, si quidam gratis hanc operam te sucipiente, mandati est obligatio... ». L'activité du mandataire à Rome peut donc se développer sur le terrain des actes matériels, ce qui se comprend d'ailleurs fort bien, la notion de représentation n'existant pas ¹⁶.

(15) Gaius. lib. 10 ad edictum provinciale. Dig. 19. 5. 22.

(16) WINDSCHEID. Traduct. par FADDA. Diritto delle Pandette. Torino, 1904. T. II, § 409.

11. — Si l'on envisage au contraire les actes juridiques, on voit paraître une différence entre mandat et louage. Celui-ci en effet ne comporte jamais comme objet l'accomplissement d'un acte juridique, ainsi l'affranchissement d'un esclave¹⁷. Au contraire le mandat a pour principal objet la passation de tels actes par le mandataire; le service à rendre consiste en un acte de gestion qui doit s'appliquer à la « res mandata¹⁸ »; mais le mot res doit-il être pris dans le sens de chose corporelle en tous les cas ? Il peut certes en être ainsi, tel le cas prévu par Cicéron; mais le but du mandat peut tout aussi bien être la passation d'un contrat, la naissance d'une créance, n'exigeant pas la remise d'un objet matériel au mandataire (mandat d'acheter, d'emprunter, de faire adition d'hérédité, etc...), ou encore un acte de procédure (procuratio ad litem.)

12. — Cependant deux textes existent au Digeste et aux Instituts qui semblent assimiler en tous points le louage et le mandat quant à leur objet¹⁹. On pourrait en effet déduire de ces deux textes que le seul élément caractéristique entre le mandat et le louage est la gratuité, et que celle-ci est le seul critère pour

(17) Dig. 19. 5. 5. 2.

(18) Cic. Pr. Rosc. Am. 38; Cuq, op. citat. T. I, p. 649 et s..

(19) Dig. 17. 1. 1. 4 : « Mandatum nisi gratuitum nullum est : nam ex officio atque amicitia trahit : contrarium ergo est officio merces : interveniente autem pecunia, res ad locationem et conductionem potius respicit. » — Instit. 3. 27. 13 : « In summa sciendum est, mandatum, nisi gratuitum, in aliam formam negotii cadere; nam mercede constituta, incipit locatio et conductio esse. Et, ut generaliter dicamus (ou dixerimus), quibus casibus sine mercede suscepto officio mandati sive depositi, contrahitur negotium; iis casibus, interveniente mercede, locatio et conductio contrahi intelligitur. »

distinguer l'un des contrats de l'autre, puisqu'il y aurait compénétration de leurs domaines, que ces deux contrats opéreraient « dans un cercle de faits à très peu de choses près identiques »²⁰. Dès lors, le raisonnement suivant pourrait être établi : le louage et le mandat ayant un domaine commun considérable, il y a aussi des faits qui sont exclus du domaine de l'un comme de l'autre, et ce sont précisément les faits professionnels, tels que ceux des avocats, médecins, professeurs, et bien d'autres.

Mais pour qu'une telle déduction soit valable, il faudrait que la proposition dont on la tire soit formellement établie; or, que domaines réciproques du mandat et du louage puissent être superposés de manière satisfaisante, rien n'est plus douteux. Le texte des Instituts (3.27.13.) « In summa sciendum est » est d'une clareté séduisante. Il vise essentiellement le caractère gratuit du mandat; on peut le voir nettement par son insistance sur le mot « gratuitum » et la fréquence du terme « merces ». C'est donc, sans aucun doute, pour établir le caractère onéreux du louage par opposition à la gratuité du mandat qu'il a été écrit et non pas du tout pour comparer l'objet du mandat et celui du louage. Si le texte vient dire qu'une merces étant intervenue on ne se trouve plus en présence d'un mandat, mais en présence d'un louage, il ne veut simplement envisager que les cas où l'objet de l'un de ces contrats peut concorder avec l'objet de l'autre; ce n'est qu'une

(20) ACCARIAS, Précis de droit romain. 4^e édit. T. III, p. 358.

partie du domaine du mandat qui tombe ainsi dans le louage au cas de merces, le domaine des actes matériels; mais il n'en reste pas moins que le mandat est bien plus compréhensif, que, superposé au louage, il présente une surface plus vaste.

Quant aux termes « *ut generaliter dicamus* » du texte, ils signifient : pour parler de façon générale; et en effet, le texte ne restreint pas la comparaison au mandat, mais il l'étend aussi au dépôt, « *sive depositi* »; mais quel est donc l'objet mis en jeu dans ce contrat, sinon une chose matérielle? Ce qui prouve bien quelle est l'intention du texte, sur quel terrain il se place : gratuité du mandat ou du dépôt, et possibilité, quant au domaine des faits matériels, de conversion en louage, si une merce est fixée.

Le texte du Digeste (17. I. I. 4) ne fournirait pas plus d'arguments en sens contraire, car son but est le même que celui du texte des Instituts; et le mot « *potius* » semble venir empêcher une généralisation hâtive et surtout complète²¹.

La non-assimilation entre l'objet du mandat et celui du louage étant ainsi établie, tombe aussi le raisonnement que l'on en tirait sur l'exclusion de certaines professions du contrat de mandat, car, du fait que leurs services ne peuvent être loués, on ne peut déduire par là-même qu'elles doivent être exclues de ce contrat.

13. — L'examen de l'élément qu'est l'objet de la

(21) Cf. également Dig. 19. 5. 22, qui établit le terrain sur lequel la merce est le seul élément caractéristique, le terrain de l'acte matériel; en l'espèce, il s'agit d'étoffes fournies à un ouvrier pour qu'il les travaille.

convention pour le mandat et le louage permet donc de découvrir un critère, relatif au moins, de distinction entre ces contrats; le louage ne saurait comprendre un acte juridique, de gestion ou d'administration; au contraire c'est là un objet normal pour la conclusion d'un mandat. Reste à chercher maintenant un critère général de différenciation.

§ 2. — *La rémunération dans le louage et le mandat,*

14. — Le louage comporte essentiellement la fixation d'une merces; cette merces consiste en une somme d'argent monnayée et non en une prestation quelconque à fournir, auquel cas on se trouve en présence d'un contrat innommé. La merces est déterminée par l'appréciation du service exécuté; celui-ci doit avoir une valeur en lui-même et une valeur susceptible d'être fixée d'après une base certaine, cette fixation d'ailleurs étant plus ou moins précise. C'est pour cette raison que les Romains ont écarté comme objet de louage des services rendus par certaines professions dites libérales.

15. — Le mandat au contraire présente un caractère diamétralement opposé ; la gratuité. Les textes du Digeste et des Instituts déjà invoqués le prouvent assez bien ²².

La raison de cette gratuité repose sur l'origine même de ce contrat, qui est avant tout un acte fidu-

(22) Cf. supra Dig. 17. 1. 1. 4; Instit. 3. 27. 13.

ciaire, basé sur l'amitié; c'est un service que l'on ne demande qu'à un ami, et ceci nous explique que le service peut être d'une nature très variable, aide matérielle, juridique, intellectuelle même. Le bénéficiaire paiera sa dette par la reconnaissance, ou même par des cadeaux d'amitié; au fond d'ailleurs, c'est moins un service que nous devons qu'un bienfait; notre reconnaissance est donc liée inséparablement à l'idée de dette contractée. Cicéron le rend parfaitement en une phrase très brève : « ...gratia, in qua amicitiarum et officiorum alterius memoria et remunerandi voluntas continetur. » ²³

La lecture de son traité de Amicitia nous fournirait encore d'amples exemples de cette idée. Cicéron juge en effet que si toute l'amitié ne réside pas dans l'échange de services, c'est là cependant une de ses propriétés : « Ut dandis recuperandisque meritis, quod quisque minus per se ipse potest, id acciperet ab alio, uicissimque redderet ». Et, parlant des amis, il dit encore que le désir de se rendre service soit toujours présent à leur esprit : « Studium semper adsit. » ²⁴

Celui qui se reconnaît ainsi débiteur d'une dette d'amitié peut cependant vouloir faire bénéficier l'auteur du service d'une rémunération quelconque, en monnaie ou autrement, et cette rémunération, les Romains l'on appelée honor, honorarium, ainsi que l'indique le texte du Digeste 11, 6, 1, 1, qui vise le

(23) CICÉRON, De invent. 2. 53. 161.

(24) Cic. de Amicitia VIII, 26, Laelius et XIII, 44. Traduct. Société d'édition des Belles Lettres. Paris 1928.

cas de l'agrimensor : « ideo autem hanc actionem proposuit, quia non crediderunt veteres inter talem personam locationem et conductionem esse, sed magis operis beneficii loco praeberi; et id, quod datur ei, ad remunerandum dari, et inde honorarium appellari. »

16. — L'opinion générale regarde ces honoraires comme la rémunération de services inappréciables en argent²⁵. Si l'on veut également opposer les honoraires du mandataire et les salaires du locateur de services, on aperçoit que les premiers n'ont pas le caractère de contreprestation; dans le louage, chaque partie cherche à réaliser un bénéfice dans le contrat; cette idée, cet espoir de gain ne se rencontrent plus dans le mandat; ici le mandataire n'a plus en vue une contre prestation égale ou supérieure à celle qu'il fournissait lui-même; dans le louage naissait un espoir de gain, appréciation positive; au contraire dans le mandat, si des honoraires existent, on peut les envisager comme une rémunération d'aspect négatif, c'est-à-dire destinée à compenser une perte de temps ou d'argent subie par le mandataire²⁶ (*laboris remuneratio*.) Compris dans ce sens, l'honor pourrait s'entendre surtout des mandataires ordinaires, du tuteur, du curateur; il aurait alors le sens du mot « *solacium* », compensation, soutien²⁷. Mais est-il besoin de faire appel à cette

(25) BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*. T. II, p. 334.

(26) *Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines*. Tome III, au mot *honorarium*, Ed. Cuq. p. 238 et s.; PETRAZYCHI, *Die lehre von Einkommen*, Berlin 1895, II, p. 366 et s.

(27) *Callistr.* 4 de cognit. Dig. 26. 7. 33. 3.

notion pour que le mandataire soit indemnisé de ses dépenses (*sumptuum*) ? il ne semble pas, car, indépendamment de toute offre d'honorarium, le mandataire qui a rendu les services promis a le droit de se voir rembourser tous les frais dûment engagés par lui²⁸.

L'honor est avant tout un don rémunératoire; c'est bien ce qu'exprime le texte d'Ulpien, livre 31 ad edictum, Dig. 17. 1. 6. princip. « Si remunerandi gratia honor intervenerit, erit mandati actio. » On doit noter tout d'abord que l'index des interpolations n'en indique aucune pour ce texte, qui peut être considéré comme pur. L'honorarium peut donc exister sans que l'opération juridique perde pour cela le caractère de mandat; car ce serait une faute que de traduire ce texte comme donnant une action de mandat pour la réclamation des honoraires, ce qui n'a jamais été admis à Rome; l'actio mandati contraria n'a jamais servi à faire valoir un droit à une rémunération, et, pour obtenir ce résultat, on utilisait une cognitio extraordinaria. L'actio mandati dont il s'agit dans le texte, serait bien plutôt l'actio mandati directa²⁹, accordée au mandant lui-même pour l'exécution du contrat, et son invocation ici signifierait indubitablement : le mandat subsiste.

17. — Si l'élément gratuité peut donc être retenu

(28) Dig. 17. 1. mandati vel contra. 27. 4 : « Impendia mandati exsequendi gratia facta, si bona fide facta sunt, restitui omni modo debent... »

(29) A. PERNICE. L'ordo judiciorum et l'extraordinaria cognitio durant l'Empire romain, dans Archivio Giuridico, 1886. T. I, p. 116 et s.

comme critérium général de distinction entre le mandat et le louage, il faut toutefois admettre que dans la pratique, la différence entre la merces et l'honor ne fut pas toujours si facile à déceler, du moins quand l'honorarium eut acquis un certain développement et fut accordé à des individus tels que les médecins, qui exerçaient en somme une véritable profession. On peut bien dire que la merces est un prix, une contre-prestation ayant une valeur correspondante à celle des services rendus, que l'honor au contraire ne s'applique précisément qu'aux cas où la valeur du service n'est pas appréciable, raisonnement logique en théorie, mais incertain en réalité, car l'honorarium, libéralement donné, pourrait dédommager largement de ses efforts, et au delà, le mandataire lui-même.

18. — Il est en effet intéressant de noter qu'au Digeste (50. 13. § 1 et s.), les termes merces, honorarium, et salarium, sont pris souvent les uns pour les autres, et on ne leur attribue donc pas un sens strictement invariable. Ainsi, au § 1^{er} princip. « Proeses provinciae de mercedibus jus dicere solet » ; or il s'agit évidemment d'un cas exclu du louage ; et encore § 9, « salarium », § 10, « honorariis advocatorum ; § 13, « merce » (au sujet des avocats). Preuve certaine donc que ces termes, au sens originaire peut-être bien délimité, ne pouvaient plus servir comme indices de la nature juridique du contrat envisagé, et que l'honorarium d'autre part se rapprochait du salarium et de la merces en bien des cas.

Il semble bien que ce soit sur le caractère du service rendu que l'on se base pour décider si la rémunération est une merces ou un honor, lorsque les autres éléments du contrat ne sont pas suffisamment explicites. La merces, il est vrai, est un prix fixé à l'avance, débattu par les parties; l'honoraire au contraire ne présente pas ce caractère conventionnel. Il semble donc que ce soit encore là le meilleur critère entre la merces et l'honor. Mais la promesse unilatérale d'honoraires doit être certaine, et non vague et indéterminée, pour qu'une réclamation soit possible de la part du bénéficiaire³⁰.

Il apparaît donc comme évident que les limites du mandat et du louage à Rome même se trouvèrent singulièrement confondues par l'apparition d'une rémunération donnée au mandataire.

(30) Dig. 17. 1. 56. 3 : « Salarium incerte pollicitationis neque extraordinem recte petitur, neque iudicio mandati, ut salarium tibi constituat. Cf. Glück, Commentario, XVII, p. 32. Pour lui, l'honor est un don volontaire subséquent.

SECTION II.

Mandat et activité professionnelle.

19. — Le mandat, étant en principe gratuit, ne devait pas normalement avoir d'applications sur le terrain de l'activité professionnelle qui est essentiellement ordonnée au gain d'une rémunération. Comment donc une pareille question peut-elle se poser ? C'est que le mandat, on l'a vu, pouvait cependant comporter une rémunération sous la forme d'honoraires, rémunération qui devait prendre figure d'un don de reconnaissance. Et, d'autre part, il s'est trouvé à Rome des professions ayant pour objet les *operae liberales* et présentant des difficultés d'évaluation relatives aux services fournis, parce que ces services étaient empreints d'une marque personnelle et ne pouvaient être pris en considération indépendamment de leurs acteurs. Ce caractère spécial qui leur a été reconnu les rapprochait singulièrement du contrat de mandat où primaient également la considération du mandataire et l'absence d'évaluation de ses prestations.

On a donc tenté de les rapprocher, de voir dans les contrats passés entre ces professionnels et leur clientèle des mandats, mais une semblable qualification ne pouvait donner de solutions entièrement

satisfaisantes. Nos solutions actuelles se partagent le plus souvent entre le mandat et le contrat dit innommé, parce que ne rentrant pas dans les catégories prévues par notre droit positif. Nous verrons que les juristes romains ont opté, en définitive, pour une solution qui, tout en ne manquant pas d'habileté pratique, n'en demeurerait pas moins en un état d'imprécision fâcheuse. Tout ceci tient d'ailleurs à des causes autres que celles d'une logique impérieuse ou d'une technique précise, mais causes sociales, économiques. Les contrats ne peuvent qu'y obéir, les besoins pratiques exigent leur souplesse; le contrat de mandat, comme tout autre contrat, se soumettra aux influences des relations humaines si variables. L'évolution juridique du contrat ne sera qu'un reflet de l'évolution historique de la société romaine; c'est bien cette dernière qui nous expliquera l'existence de fait d'un véritable salarié à Rome.

§ 1^{er}. — *Influence de l'évolution des professions à Rome sur le mandat.*

20. — Si l'on part des premiers siècles de Rome, on peut constater que la classe des citoyens libres s'est tout d'abord occupée d'agriculture, groupée en larges communautés familiales, l'organisation des « gentes » étant en effet la base même du régime romain. Dès cette époque les professions donnant lieu à un louage³¹ ne manquent pas d'apparaître comme

(31) En dehors des services des esclaves employés aux travaux agricoles existaient aussi nécessairement les divers métiers dont

déshonorantes et serviles, et le citoyen libre ne voudrait aucunement s'y livrer. Ce dédain des citoyens pour les métiers en général et pour les gens qui s'y adonnaient³² ira croissant jusque sous l'Empire. Le service rendu par les personnes qui exercent de semblables professions leur inprime une dégradation, ce service est un « ministerium », et ce terme vient de « minus, minuere », c'est-à-dire l'amoin-drissement en opposition avec « magis, magister », « magistratus », c'est-à-dire l'élévation du niveau social au-dessus de la moyenne³³.

Les citoyens romains visaient les situations honorifiques, c'était l'honneur qui commandait leurs aspirations, mais on pourrait se demander comment ce sentiment suffisait à pousser le Romain à s'imposer des sacrifices que leur situation leur demandait fréquemment; il n'agissait cependant nullement par bienveillance, et au fond d'ailleurs, il ne renonçait pas à tout salaire, seulement ce salaire ne consistait pas en argent; « il consistait en un avantage que les hommes de la classe supérieure jugeaient immense : honneur, popularité, considération, influence »³⁴.

le but étaient de satisfaire au besoin du public, besoins matériels ou besoins de réjouissances, professions de boulangers, de cuisiniers, entreprises de spectacles. Parmi les rangs de cette catégorie prirent surtout place les familles nouvellement venues à Rome. WALLON, Histoire de l'esclavage dans l'antiquité, Paris 1879. T. 2, p. 6 et suiv.

(32) PLAUTE nous indique bien à quel degré de l'estime publique étaient placés ces mercenaires et ces petites gens qui allaient vaquer à leurs menus trafics. PLAUTE, Captiv. I. 1. 22 et III. 1. 423. Horace exprimait son dégoût contre cette foule que l'on trouvait toujours au même endroit, Horace, Sat. II. 3. 227. Cicéron englobait dans les classes serviles et sordides, les mercenaires les vendeurs au détail, les artisans. Cicér. de officiis, I, 42.

(33) JHERING, Zweck im Recht. trad. par MEULENAERE.

(34) JHERING, Op. citat. trad. par MEULENAERE.

Tout ceci constituait « un salaire idéal », (ainsi s'exprime Ihering) salaire qui n'était pas de nature économique. La conséquence en était que seules les personnes fortunées pouvaient accéder à des fonctions honorifiques; et l'on comprend aussi que les seules professions choisies par la classe des riches citoyens romains étaient celles qui pouvaient leur servir de piédestal pour parvenir aux plus hautes fonctions; telle était la profession d'avocat³⁵.

Ainsi le louage de services était frappé d'un ostracisme formel de la part des citoyens libres. Le mandat au contraire leur convenait à merveille, composé qu'il était de services gratuits ou tout au moins rémunérés par un don plutôt que par un prix, l'honneur restant à celui qui reçoit l'argent.

21. — Mais dès le II^e et le III^e siècles s'opéra dans le monde Romain un revirement très net; l'ardeur au gain fit son apparition et bientôt aussi la ruine des familles désormais obligées de travailler pour subvenir à leurs besoins. L'apparition du christianisme de même que l'influence de la civilisation grecque, où le travail s'était, dès l'origine, développé dans les classes les plus élevées de la société, aidèrent à la transformation des idées romaines³⁵.

(35) Ainsi Marcellus et Vibrius arrivèrent au Consulat par cette porte. Mais il faut bien remarquer toutefois que certains avocats, les plus en renom, ne manquaient pas à côté des honneurs d'acquiescer également les plus grosses fortunes; et beaucoup d'entre eux ne se faisaient pas faute d'user d'un charlatanisme en règle (emploi de claqueurs, locations d'une suite, de bagues précieuses). SÉNÈQUE, de ira, III, 37.

(36) Certes, à Athènes également, le louage était surtout pratiqué par des esclaves qui offraient leur travail eux-mêmes et rapportaient leurs salaires à leur maître, c'étaient les *μισθωτο* appelés aussi *κολωνιται*, ou par des esclaves loués directement par

En Grèce, on ne connut pas les mêmes préjugés qu'à Rome, et, dès lors, on ne craignait pas de qualifier de louage de services les contrats intervenus entre les clients et ceux qui exerçaient une profession libérale, tels que les professeurs, avocats, médecins³⁷. Si la classe libre s'adonnait ainsi à ces professions scientifiques, elle ne dédaignait pas non plus les autres ordres de métiers : boulangers, foulons, charpentiers.....³⁸.

En ce qui concerne le mandat, d'ailleurs, rien ne prouve qu'en Grèce la gratuité ait été de sa nature, quoique cela paraisse devoir être la vérité³⁹; mais ce contrat est un de ceux pour lesquels le manque de sources se fait le plus sentir; en tous cas le mandant est bien obligé envers les tiers par les actes de ses mandataires ainsi que le révèlent certains passages des plaidoyers de Démosthène⁴⁰.

22. — Les honoraires appliqués aux mandats romains devinrent au III^e siècle d'une application beaucoup plus fréquente, normale même en ce qui concerne l'activité professionnelle, et cette évolution

leurs maîtres. CAILLEMER, Le louage à Athènes. Avec Solon, une prescription fut établie qui ordonnait à tous citoyens d'avoir un métier.

(37) Le médecin, par exemple, touchait des salaires fixés à l'avance et durant la maladie même, il pouvait exiger une sûreté. Des personnes de renom, telles que Protagoras, Isocrate, Aristype ne rougissaient pas de réclamer leurs salaires par la *μισθώσεως δίκη*. Dictionnaire des antiquités Grecques et Romaines, p. 1285. Artistes, rhéteurs, grammairiens ne se faisaient pas faute de fixer un salaire. Cf. aussi id. Dictionnaire, BEAUCHET. T. 4, p. 374; CAILLEMER, op. citat.

(38) WALLON, op. citat. T. I, p. 144 et suiv.

(39) Dict. des antiq. p. 1567, article de M. BEAUCHET.

(40) DARESTE, Plaidoyers civils de Démosthènes. T. II, p. 207, 230; le mandat avait été conféré par présentation du mandataire.

est indéniablement liée à des transformations caractéristiques des professions jadis proprement honorifiques. Une influence notable sur la notion d'honorarium doit être aussi accordée au droit public, apparition des charges publiques de médecins et de professeurs dans les villes au deuxième siècle de l'Empire Romain ⁴¹. Les honoraires des médecins en renom étaient forts élevés, et Pline mentionne un cas où la somme remise à un praticien s'élevait à deux cent mille sesterces (soit plus de 54.000 francs). Aussi on comprend fort bien que les Romains aient fort hésité pour la qualification du contrat intervenu entre un médecin et son client; si le médecin s'est vu accorder, en règle générale, une *cognitio extraordinaria* pour réclamer son salaire, il est des cas cependant où on admettait qu'en cas de faute il était susceptible d'être poursuivi par l'action du louage ⁴².

La profession d'avocat, à Rome, fut le type des

(41) Les villes de premier ordre pouvaient avoir dix médecins et autant de professeurs. Les médecins publics étaient payés le plus souvent sur des dons et des legs fait aux villes. En dehors de ces charges publiques, ce furent surtout des esclaves et des affranchis qui, à l'origine, devinrent médecins; quant aux médecins hommes libres, ils se recrutaient principalement parmi les étrangers. (Grecs, Egyptiens).

(42) Dig. 9. 2. ad. leg. aquil. 7. 8. — PERNICE fait observer qu'il s'agissait d'un spécialiste appelé pour une maladie déterminée et notre auteur admet qu'en l'espèce cette profession libérale peut donner lieu à une *locatio operis*. Savigny. Stif. VIII, p. 247, note 6. Il est intéressant de noter la position du médecin au regard des autres professions libérales; celles-ci étaient comprises dans le domaine de la *cognitio extraordinaria* qui n'emportait de responsabilité que pour le dol. La responsabilité du médecin elle va jusqu'à l'imperitia, (inexpérience, manque d'adresse, en somme faute professionnelle) la raison de ce traitement différent vient peut-être surtout de l'intérêt public. BARASSI. Il contratto di lavoro, p. 162, note 5. Cette responsabilité n'existait pas lorsque aucune loi ne venait défendre au médecin de tuer; mais, dans l'intérêt public, la loi Cornelia de Siccariis vint porter une sanction à de pareils cas. PAUL, Sentences, 5. 23. 19.

professions libérales; cette charge n'eut pas d'ailleurs, dès l'origine, un caractère professionnel : était avocat celui qui recevait le soin d'une affaire et la défendait, sans qu'on exigeât de sa part une culture juridique déterminée ou une autorisation en règle. Durant la République, tout honoraire fut catégoriquement interdit. Avant le VI^e siècle de la fondation de Rome il n'y eut aucune disposition législative à cet égard ⁴³. Ce fut la loi Cincia de donis et muneribus, qui, la première, porta une défense (550 avant J.-C.) « ne quis ob causam orandam pecuniam donumve accipiat » ⁴⁴. La charge d'avocat était alors devenue une véritable profession, distincte, au moins en théorie, du rôle joué par le cognitor, qui, à la différence du premier, était le véritable représentant de la partie, c'est-à-dire dont les actes sont considérés comme ceux mêmes de la personne pour laquelle il agit. Profession d'ailleurs très élevée au point de vue social, que celle de l'avocat, mais aussi profession envers laquelle se fit sentir de plus en plus grande l'ingérence de l'Etat, ingérence qui se révéla de façons très diverses ⁴⁵.

(43) RUGGIERO, Dictionario epigrafico Antiq. roman. P. 116 et suiv. au mot *advocatus*. Roma, 1895.

(44) Cette loi interdisait aussi toute libéralité, à part quelques exceptions, entre proches par exemple. Mais cette loi fut transgressée continuellement, si bien qu'en 737 ab u-c, Auguste dût, par un sénatus-consulte, non seulement renouveler la défense, mais apporter une sanction (remboursement par l'avocat du quadruple du prix à lui versé). Mais les transgressions continuèrent de plus belle au 1^{er} siècle de notre ère, les avocats de plus en plus se faisaient régulièrement verser des honoraires, aussi l'empereur Claude prit-il le parti de fixer lui-même un maximum aux rémunérations que les avocats pouvaient réclamer, ce maximum fut de 10.000 sesteres (1.948 francs), Tacite, Ann. 11. 5. 7; cette limite fut maintenue jusque sous les empereurs Sévère et Caracalla.

(45) Cette ingérence augmenta de plus en plus sous l'Empire;

23. — Ainsi autant à la première époque de l'histoire romaine (fin de la République et début de l'Empire), le dédain des métiers dits servils devait accentuer la séparation du mandat et du louage et réserver à l'honor un sens rémunératoire; autant sous l'Empire l'envahissement des professions un peu par toutes les classes devait amener comme conséquence juridique le rapprochement de ces deux contrats, influencer sur la notion même de l'honoraire, de la gratuité du mandat; et en effet, ce caractère de gratuité ne manque pas encore de perdre de sa vigueur comme élément distinctif du contrat de mandat.

§ 2. — *Mandat rémunéré et professions libérales.*

24. — Cette expression de professions libérales nous vient d'une distinction à Rome entre les « *operae liberales* » et les « *operae illiberales* ». Ce premier terme se rencontre chez les anciens auteurs, ainsi d'ailleurs que d'autres expressions tout à fait analogues, *liberalia studia*, *liberales artes disciplinae* ⁴⁶ (Dig. 38-1-26; 50-13-1). Cicéron emploie d'autre part le terme « *illiberales* » dans son « *de officiis* » ⁴⁷. Dans la langue juridique romaine, les per-

elle s'exerça en partie par les dispositions législatives prises en matière d'honoraires (fixation d'un maximum), en partie par l'autorité confiée aux magistrats sur les avocats et surtout, au 4^e et 5^e siècles, par la constitution des corporations d'avocats; la limitation du nombre des avocats près d'un tribunal date même du 3^e siècle. Code Théodosien. 2. 10. 2. Pour la fixation des droits et devoirs des corporations. Cf. C. Just., 6. 48.

(46) MAYNZ, Cours de droit Romain.

(47) CICÉRON, de officiis. 1. 42.

sonnes qui louent leurs services sont souvent appelées *mercenarii* ⁴⁸, et Cicéron appelle « *sordidum* » le gain de tous les travailleurs salariés ⁴⁹. L'homme libre au contraire reçoit une rémunération qui est la reconnaissance (*gratiae, gratum facere* : gratification); et l'effort que l'homme s'est donné pour acquérir le talent, l'art qu'il possède n'est pas non plus « *labor, opera* », mais « *studium* », ensemble d'efforts que l'on fait pour satisfaire son ambition ⁵⁰.

La liste des professions libérales d'ailleurs ne s'est formée que peu à peu à Rome au gré des circonstances ⁵¹; il est absolument certain qu'en la matière les Romains n'ont pas procédé au moyen d'un critère théorique de classification pas plus qu'ils n'ont créé une liste, en une seule fois, suivant un plan rationnel; ils ont simplement, et au cours des besoins, répondu aux nécessités pratiques; le contenu de la liste trouvée au Digeste. livre 50 titre 13 de extraordin. cognitionibus est suffisamment caractéristique à cet égard; Ulpien y énumère, tout au long, les professions auxquelles s'applique l'honor et nous trouvons les rhéteurs, les grammairiens, les géomètres (frag. I, princ.), les médecins (§ 1), les sages-femmes (§ 2), les professeurs de belles lettres, les libraires, les notaires, les arithméticiens (§ 6), les avocats (§ 10), les nourrices (§ 14). A cette liste du titre 13, il faut ajouter encore le proxénète ou cour-

(48) Dig. 48. 19. 11. 1.

(49) CICÉRON, de off. 1. 42.

(50) JHERING. Zweck im Recht. trad. par MEULENAERE.

(51) ACCARIAS. Théorie des contrats innommés, 9^e conférence, p. 158.

tier, dont traite le T. 14 du Liv. 50 au Digeste; le texte nous apprend qu'il ne faut pas y voir un mandat⁵² et si un salaire est promis, le proxénète n'aura pas l'action du louage (pourtant il s'agit d'un métier qu'Ulpien nomme « sordidum »⁵³); mais ses réclamations dépendent du gouverneur de province, tout comme celles des médecins ou des avocats, car ici également le président, pour l'évaluation du salaire, se basera sur l'importance et la qualité de l'affaire terminée⁵⁴. La même solution s'impose pour l'agrimensor; la charge d'agrimensor n'a été laïcisée qu'à dater des XII Tables, ce qui explique le caractère religieux de l'emploi, qui subsistera longtemps en témoignage des origines; l'agrimensor est tantôt un juge, tantôt un expert, et ce deuxième cas demeurera le plus fréquent⁵⁵; son assimilation au locateur de services a été repoussée, et c'est le texte qui vise sa situation qui a également dégagé la notion d'honoraire⁵⁶.

Sous quelle catégorie juridique peut-on placer les services rendus par les professions libérales? Les Romains ont-ils réussi à déceler de façon très précise la nature et l'essence des contrats intervenus entre les personnes exerçant ces professions et leurs clients? On hésite encore sur la place à leur assigner dans la liste des contrats.

(52) Dig. 14. 1. 2. Videamus an possit quasi mandator teneri; et non puto teneri. »

(53) Dig. h. t. 1. 3. Ulpien, 1. 8. de omn. trib. : « De proxeneticis, quod est sordidum, solunt proesides cognoscere ».

(54) Dig. 50. 13. 1. 10.

(55) Dict. des Antiq. au mot Agrimensor.

(56) Dig. 11. 6. si mensor falsum, I. princ.

25. — I. *Louage*. — Aurait-on pu les considérer comme des louages de services ? Il y a impossibilité, sans aucun doute, à les classer dans cette catégorie. Mais, pour étayer cette affirmation, il ne suffirait pas d'invoquer le caractère libéral de ces professions, et le recours à cet argument serait au surplus incorrect, inexact; car, avec des services de nature plus relevée exclus du louage, nous trouvons aussi des services d'un ordre plutôt vulgaire, tels que ceux des nourrices (Dig. 50-13-14), alors qu'au contraire un peintre, fut-il du plus haut mérite, pourra louer les siens (Dig. 19-5-5-2). On trouve encore des services qui, par leur analogie avec d'autres, devraient être traités également, tels les « exceptores » (secrétaires) et les librarii, (sortes de greffiers d'ordre inférieur), alors que seul, l'exceptor touche une merces (Dig. 50-13-16). Les Romains ne tiennent donc pas compte de la nature libérale des travaux effectués; une preuve nous en est encore fournie par le fait que, si ces travaux, au lieu d'être accomplis par des hommes libres, le sont par des esclaves, la convention peut être régie par les règles du louage; en ce cas, la profession ne peut-être envisagée indépendamment de la personne qui l'exerce. Or l'esclave à Rome est susceptible d'un locare; il constitue une chose de plus ou moins grande valeur suivant ses qualités physiques ou intellectuelles, et par suite suivant le profit que l'on en retire; on donnait donc en location un esclave professeur ou médecin, tout aussi bien qu'un esclave muletier ou laboureur;

l'opération n'en conservait pas moins le même caractère dans l'un ou l'autre cas, seulement la merces exigée était plus ou moins élevée⁵⁷.

26. — La raison qui empêche le classement des *operae liberales* dans le domaine du louage vient du caractère exigé pour l'objet de ce contrat, sa possibilité d'être apprécié en argent (merces); or les Romains jugent que les services rendus par certaines professions déterminées par l'usage n'ont pas ce caractère⁵⁸; sont mis ainsi de côté les faits de dévouement, d'intelligence, et ceux à valeur tenant au sujet qui les exécute. Cette idée romaine d'ailleurs se retrouvera même encore chez nous au XIX^e siècle, mais notre jurisprudence en fera justice.

Il faut d'ailleurs noter que les Romains eux-mêmes eurent peut-être tendance, quand des professions comme celles du médecin eurent acquis un certain développement et eurent été régulièrement organisées (avant même la fin de l'Empire Romain), à y voir l'objet d'une convention se rapprochant fort du louage de services⁵⁹, et pour la bonne raison précisément que les honoraires qui étaient accordés aux gens exerçant ces professions étaient devenus normaux, présentant davantage le caractère d'appréciation des soins et des services rendus.

27. — En raison de la matérialité du résultat à obtenir dans la *locatio operis*, il est inutile d'essayer

(57) Dig. 19. 2. loc. conduct. 13. 3.

(58) « Mercedem, non meriti, sed occupationis suae fecerunt », dit Sénèque. (*De benef.* VI, 15); WINDSCHEID, trad. par FADDA, *Diritto delle Pandette*. Turin, 1904, p. 160.

(59) WINDSCHEID, op. citat., p. 160 et s.

d'y faire rentrer les *operae liberales*. Et cependant ne peut-on déduire de l'origine de la *locatio operis*, de l'inversion des termes *locator* et *conductor* qui s'y révèle, une idée, tout au moins tacite, une orientation qui auraient pu, au contraire, nous attacher, dans nos recherches, à cette catégorie? Cette idée, c'est celle de l'indépendance du *conductor* quant à la gestion de son affaire, indépendance qui s'oppose à la subordination de l'employé qui a promis ses services en général. Comme le remarque fort justement M. Collinet⁶⁰ le droit nous explique très bien l'emploi, en ce cas, du terme *conductor* donné à celui qui exécute le travail; ainsi s'agit-il de travaux publics à exécuter pour le compte de l'Etat? celui-ci place (*locat*, donc il est *locator*) le terrain où sera creusé un port aux mains d'un entrepreneur qui rassemble les ouvriers nécessaires et les emmène avec lui (*con-ducere*) sur le lieu du travail. Il les conduit matériellement et il les dirige dans les travaux; ces ouvriers eux seront liés par un louage de services (*locatio operarum*); ils seront ses subordonnés directs. Mais quant à lui, le *conductor*, son travail est un travail de direction, tâche toute faite d'initiative, donc d'indépendance, tout au moins technique. Peut-on dire que vis-à-vis de l'Etat il est dans la position d'un subordonné? Certes non, même s'il doit suivre les avis généraux qui lui sont donnés. On voit donc ainsi comment, sans que les juristes romains aient jamais d'ailleurs appuyé sur ce caractère d'indépen-

(60) Cours de droit romain, 2^e année, Paris, 1927-1928.

dance du conductor operis, on pourrait trouver ici la source du critérium de subordination admis aujourd'hui pour distinguer le louage de services du louage d'ouvrage, le salarié (au sens strict) de l'entrepreneur (au sens le plus large du mot). Si ce caractère du conductor avait prédominé, et si d'autre part la matérialité du résultat cherché n'avait pas été aussi rigoureusement exigée, on aurait pu trouver dans la locatio operis une excellente porte de sortie pour la classification des operae liberales (professions libérales) dont précisément une des qualités primordiales est l'indépendance vis-à-vis du client.

28. — II. *Mandat*. — Ce serait, d'après l'opinion générale, le contrat de mandat dont les règles s'appliqueraient en la matière⁶¹. Il est hors de doute que cette solution se présente dès l'abord comme la plus acceptable, étant donné la largeur de l'objet du mandat, les sentiments de confiance et de reconnaissance qu'il implique, en même temps que sa gratuité, solution très exacte d'ailleurs tant que l'honorarium est resté une véritable expression de reconnaissance, un moyen de compensation. Mais peut-on en dire de même au moment où l'honorarium est devenu un vrai salarium, où il s'est rapproché de la merces ? Quand le droit romain a admis que le médecin, le professeur pouvaient réclamer ses salaires, ce qu'ils ne pouvaient évidemment pas faire par

(61) GIRARD, op. citat., p. 620; Cuq. Inst. jurid. des Romains, Paris, 1902, p. 433 et s.; WINDSCHEID, op. citat., p. 160.

l'action de mandat; les juristes romains sont-ils restés sans s'apercevoir de ces modifications ?

29. — Aussi certains auteurs, tout en se ralliant à la théorie du mandat, ont senti le défaut d'un tel système catégorique. C'est ainsi que l'un d'entre eux a proposé des distinctions ⁶²; suivant en cela d'ailleurs l'explication qu'il avait proposé de la notion d'honoraires, il a distingué quatre classes de personnes : 1° celles qui rendent un service gratuit, mais que l'on indemnise parfois de leurs dépenses et pertes de temps : mandataires, tuteurs, dépositaires. — 2° les personnes exerçant une profession libérale (mensores, avocats, etc...). 3° les nourrices, et celles-ci peuvent être comprises dans la catégorie précédente. 4° les fonctionnaires. « Le trait commun de leur situation, dit l'auteur, c'est que le service à rémunérer n'est pas rendu dans une idée de spéculation. Le médecin, l'avocat n'entendent pas réaliser un gain, faire une bonne affaire en soignant un malade, en plaidant pour autrui. Mais à côté de ce caractère commun, il y a des raisons particulières à chaque classe de personnes : on ne peut assimiler, par exemple, ceux pour qui les honoraires sont un moyen d'existence et ceux qui les reçoivent à titre exceptionnel, tuteur, dépositaire » ⁶³. Comment croire que les Romains eux-mêmes n'aient pas eu cette conception ? Dans son énumération d'ailleurs, on

(62) Cug. op. citat., p. 434.

(63) Dict. des Antiq. gr. et rom. V, 241-243, au mot *honorarium*; dans le même sens. ACCARIAS, Théorie des contrats innommés, p. 144.

peut noter que M. Cuq suit un ordre de progression vers la nature salariée de l'emploi; il part en effet du tuteur et du curateur, pour qui il n'est même peut-être pas exact de parler d'honoraires — en tout cas les titres du Digeste visant le tuteur et le curateur ne portent aucune mention d'une rémunération de cet ordre accordée aux personnes qui occupent ces fonctions, — puis il envisage les professions libérales, le meilleur cas d'application de l'honorarium, pour arriver, après les nourrices, aux fonctionnaires dont la rémunération est un *salarium*. Windscheid, lui, constate que chez les Romains la catégorie du mandat était l'unique catégorie juridique dans laquelle pouvait être placée une convention portant sur une libre activité intellectuelle⁶⁴; mais il admet aussi qu'il y avait des cas où cette catégorie ne s'appliquait pas et où l'on devait alors considérer l'acte dont il s'agissait comme en dehors du vrai champ juridique.

Il ne semble pas douteux au moins que cette idée de mandat ait dominé toute notre matière, qu'elle ait hypnotisé en quelque sorte les juristes romains; mais il faut remarquer que son application aux professions libérales devait emporter une déviation certaine du caractère gratuit originaire de ce contrat. Le texte d'Ulpien : « *Si remunerandi gratia, honor.....* » ne serait-il pas alors un essai de justification ou du moins une constatation de la déviation subie par ce caractère gratuit ? Le texte des Basili-

(64) WINDSCHEID, loc. citat.

ques est significatif à cet égard ⁶⁵; voici en effet la scolie qui a trait au texte d'Ulpien : « Mandavi tibi, ut negotia mihi goereres, aut aliud quid faceres. Mandati actio mihi datur etiamsi honorarium tibi proesteterim, operae tuae remunerandi gratia. » Le mot « si » du texte d'Ulpien est, on le voit, remplacé ici par « etiamsi », *émoû*, qui a le sens de quoique, bien que, même si ⁶⁶. Le jurisconsulte Ulpien ayant écrit ce passage dans la première moitié du III^e siècle, il est donc à noter qu'à ce moment la déviation était déjà chose courante, et, si, l'on admet que les professions libérales étaient un des seuls cas d'application de l'honor, on qualifiait donc encore de mandats les conventions ayant trait aux services rendus par ces professions.

30. — III. *Contrat innommé*. — Ces conventions passées entre les particuliers et les professionnels accomplissant des operae liberales semblent offrir au juriste un cas de negotium novum, non sanctionné par le droit et où l'on devrait trouver l'action praescriptis verbis. Peut-on ranger cette série de conventions dans le cadre de la théorie des contrats innommés ? Les Romains ont-ils prévu comme sanction de ces cas originaux l'action praescriptis verbis ?

Que ces conventions aient été sanctionnées par

(65) Basiliques, L. 14. T. I. 1. 5. Ed. Heimbach.

(66) A noter également que le « actio mandati » du texte est interprété par le scoliaste comme étant bien l'action mandati directa du mandant, dans le but de faire exécuter le contrat. Van WETTER. Les obligations en droit romain, Gand, 1886, tome III, p. 6.

l'action *praescriptis verbis* lorsqu'elle est devenue *generalis*, sous Justinien, cela ne serait que normal, encore que cette assertion dut être démontrée, étayée; mais cette solution ne nous fournirait qu'un terme, le problème originel resterait en cause. Il faut en effet rechercher si nos espèces ont reçu leur sanction en tant que *negotia nova*, avant le Bas-Empire, et c'est ce qui paraît plus douteux.

Si le client avait presté les honoraires avant que les services ne fussent rendus, — et en ce cas la convention se présentait sous la forme d'un *do ut facias*, — il n'est pas douteux qu'il avait la possibilité de les répéter; la *conditio certi* lui en donnait le moyen. Mais ce moyen n'était qu'un palliatif insuffisant, contraire même au but premier envisagé, il ne contraignait pas à l'exécution des services espérés. Pour ce, le client jouissait d'une action de mandat, l'*actio mandati directa*, accordée contre le débiteur du *factum* récalcitrant⁶⁷.

Mais retournons le problème : le *factum* a été exécuté, le client doit effectuer son *dare*. Cet aspect de la question intéresse plus directement nos recherches, en raison de la gratuité de principe des services et, par suite, du caractère de l'action accordée à l'exécutant du *factum* contre celui qui ne l'a pas réglé. Notre *casus* rentrerait dès lors dans le groupe *facio ut des*.

Mais les textes, à cet égard, ne sont pas significatifs, (ainsi Dig. 19.5.22; 19.5.5.4) et ils ne donnent

(67) Ulp. Liv. 31 ad edict. Dig. 17. 1. 6. princ. Basiliques lib. 14 tit. I. 1. 5.

pas de preuve formelle de l'existence, avant la période byzantine, d'une sanction des contrats intervenus entre le professionnel et son client à l'aide d'une action civile⁶⁸; et nos textes ne nous fournis-

(68) Le texte du Digeste 19. 5. 22 nous présente bien une hypothèse en dehors des règles du mandat et du louage où la somme promise ne sera donnée, transférée qu'après le service rendu : *facio ut des*. Gaius libro decimo ad edictum provinciale : « Si tibi polienda sarcientave vestimenta dederim... quod si neque gratis hanc operam susceperis, neque protinus aut data aut constituta sit merces, sed eo animo negotium gestum fuerit, ut postea tantum mercedis nomine daretur, quantum inter nos statutum sit, placet quasi de novo negotio in factum dandum esse iudicium, id est praescriptis verbis ». Mais les termes « Praescriptis verbis » sont reconnus interpolés par tous les auteurs. AUDIBERT, dans *Mélanges Gérardin*; DE FRANCISCI, *SUNALLAGMA*, I, p. 219; cf. index des interpolations. T. I, col. 379. De même pour « novo negotio ». BESELER, 2. 165; DE FRANCISCI, loc. citat, pour ce dernier, l'expression *novo negotio* serait un tribonianisme. L'actio praescriptis verbis n'avait d'ailleurs apparu que très tard, avec les scolastes, dans le cas de *facio ut des*, si le *factum* a été exécuté.

Quant au texte du Dig. 19. 5. 4., il serait encore bien plus intéressant, car il porte une assimilation de l'actio praescriptis et de l'actio mandati. « Sed tutius erit et in insulis fabricandis et in debitoribus exigendis praescriptis verbis dari actionem, quae actio similis erit mandati actioni... ». Mais ce texte, partie du tractatus de l'ob rem dati, attribué à Paul, est réputé n'être qu'une scolie comme d'ailleurs les § 1, 2 et 3, et, en tout cas, l'interpolation de praescriptis verbis est certaine. GRADENWITZ, *Interp.*, p. 128-130; COLLINET, *Cours de doctorat, Pandectes*, Paris 1929-1930. Aperçu sur la sanction des contrats innommés; DE FRANCISCI, *SUNALLAGMA*, I, 230. Le texte est d'ailleurs obscur, il donne deux hypothèses de mandats (contrats nommés), mais il vise deux cas de *facio ut facias*, mandat réciproque de construire et de toucher une créance. COLLINET, loc. citat., il ne saurait donc s'appliquer aux espèces que nous envisageons et qui nous retiennent sur le terrain d'un *facio ut des*.

Un autre texte vise bien une hypothèse d'un *factum* « quod locari non possit », (Dig. 19. 5. 5. 2) en l'espèce l'affranchissement d'un esclave. Mais ce texte se trouve comme le § 4, déjà vu, au tractatus de l'ob rem dati, qui n'est en réalité que l'œuvre de scolastes préjustiniens. L'interpolation de praescriptis verbis est donc certaine (« vel praescriptis verbis agi »). En dehors même de la simple critique du texte, ce casus, qui vise l'affranchissement d'un esclave, est trop spécial pour pouvoir être étendu aux conventions dont nous nous occupons; de plus, la question qu'il met en jeu n'intéresse pas l'exécution de l'obligation du côté du dare, mais du côté du facere. Ce serait aussi un cas de *condictio*, supposant la *datio* réalisée.

sent guère une solution plus acceptable pour le Bas-Empire lui-même et donc en n'invoquant plus les interpolations dues aux scolastes.

31. — Mais cette conclusion, quant à l'action civile, ne doit pas nous éviter de rechercher les actions *in factum* qui ont pu être présentées pour sanctions, en considération des réalités et des besoins pratiques à l'époque classique : promettre et exécuter son fait, services de nature spéciale, technique, dont une rémunération sanctionnera le mérite, sans offrir l'aspect d'une contre prestation, exacte mesure du *factum* exécuté, telle est la convention, qui aurait bien pu apparaître comme un *negotium novum*. Certains textes semblent en effet favorables à l'admission de ces actions⁶⁹ et il est fort probable qu'à

(69) L'examen déjà partiellement effectué du texte du Dig. 19. 5. 22 laissait cependant inaperçue la dation d'une action *in factum*, ou plus exactement d'un *iudicium in factum*. Cette expression serait classique, elle serait bien la sanction proposée par GAIUS pour les *nova negotia* (COLLINET, op. citat.); si les compilateurs avaient parlé de l'*in factum*, ils auraient employé les termes *in factum actionem*, pour les rattacher ensuite à l'action *praescriptis verbis*, mais on ne trouve jamais *iudicium praescriptis verbis*. DE FRANCISCI, op. citat. I. p. 218 et s. La réduction du *iudicium in factum* à l'action *praescriptis verbis* serait le résultat des conceptions byzantines. DE FRANCISCI, op. citat. p. 64. Cette solution de notre texte ne vise pas précisément il est vrai, nos hypothèses. Cependant, au moins quant à la période classique où a été donnée cette action *in factum*, il n'y avait aucune raison d'en refuser l'extension aux professions libérales; celles-ci d'ailleurs ne formeront un groupe limité et précis qu'avec l'apparition de la *cognitio extraordinaria*. Mais on ne peut étendre de même l'action *praescriptis verbis* (à condition encore d'admettre que le *iudicium in factum* en soit une source possible), car à l'époque où elle apparaîtra, il y aura longtemps que la *cognitio extraordinaria*, née sous l'Empire, aura été cause d'un groupement précis et d'une mise à part des conventions des *operae liberales* pour lesquelles elle constituait une sanction suffisante.

On pourrait invoquer le texte du Dig. 11. 6. 1. princ. « *In factum actionem proposuit...* »; dans quel but cette action? « *adversus mensorem agrorum* »; il ne s'agit donc ici que d'accorder une action *in factum* contre l'*agrimensor* au cas de mauvaise

l'époque classique des actions *in factum* ont existé pour sanctionner ces hypothèses, mais elles n'ont pas été la source d'où on aurait tiré des actions civiles *praescriptis verbis*, elles n'ont pas été, en ce qui concerne les conventions dont il s'agit, la sanction de véritables contrats innommés, car de fort

exécution de ses services et non pas de fournir à ce dernier un moyen de recours pour exiger la rémunération qui lui serait acquise, ou dette d'honoraires.

Au contraire avec le fragment 27 au titre 5 du livre 19 du Digeste, nous sommes en présence d'un texte qui intéresse directement notre question : « *Quod Kalendis (Januariis) dari solet medicis et scaenicis, non est merces; itaque si quid in hisce ministeriis aliter fiat quam convenit, non ex locato, sed in factum actio dabitur* ». Les professions visées sont celles de médecins et d'acteurs; en l'espèce, il s'agit de réclamer plus qu'il n'avait été convenu en raison de services nouveaux exécutés et non prévus, dans la convention.

On voit ici déjà un but différent de la *cognitio extraordinaria* qui vise elle la réclamation d'une somme certaine; notre texte au contraire s'occupe de la fixation d'une somme nouvelle; l'action de mandat n'est pas proposée, et, en effet, elle ne peut même aboutir à ce résultat. Celle du louage est repoussée, et on aboutit à une action *in factum*; à moins que cette action n'ait servi également à réclamer la rémunération nouvellement accordée, mais celle-là seule.

Ce fragment du Digeste n'a été reconstruit que par les scolastes, il manque à l'édition de la Florentine; pour DE FRANCISCI, (op. citat. T. II, p. 64) les scolastes ont voulu vraisemblablement désigner par les termes action *in factum* l'action *praescriptis verbis*; mais *in factum actione* ne peut-il pas être une expression classique? En cas contraire, on aurait dû trouver « *actio in factum civilem* »; ce texte rapporté aux Basiliques est attribué à Pomponius, donc du deuxième siècle, et les scolastes, pour une fois, l'auraient rapporté tel qu'ils l'auraient trouvé, sans interpolation, et en omettant de la réaliser à leur tour. L'action *in factum* a donc pu être indice de contrat innommé, avant la lettre. Cette action *in factum* a pu être accordée à l'époque classique, admet DE FRANCISCI lui-même (op. citat. p. 61, tome II) en des cas où manquait un autre remède ou à la place et avec la fonction d'une *condictio* inapplicable; on ne voit cependant pas ce que l'on aurait pu *condicere* en notre matière, puisqu'il n'y a pas eu *dare*, ni prestation de services matérialisés, ce qui suffit à rejeter dans notre cas l'hypothèse qui voudrait qu'au II^e siècle la jurisprudence se soit servie d'actions *in factum* pour sanctionner les cas d'enrichissement sans cause, s'il y a incertitude de l'objet, actions que l'on comprendrait sous le terme générique de *condictio incerti*. DE VISSCHER, *Condictio*, Gand 1923, p. 101 et s.

bonne heure elles ont été remplacées par la *cognitio extraordinaria*.

32. — On s'est servi d'autres procédés que ceux fournis par la matière des contrats innommés pour sanctionner les obligations issues des conventions intervenues entre les professionnels et leurs clients. Cette solution, au fond, n'a rien que d'assez naturel et de raisonnable : *facio ut des, do ut facias*, ces simples oppositions, ces rapports supposent une corrélation logiquement nécessaire entre les deux termes, *dare* et *facere*, corrélation qui a été détruite ou n'a jamais existé et qui, parce que obligatoire, exige un rétablissement. « La cause de l'obligation consentie c'est l'équivalent voulu » ⁷⁰, que cet équivalent d'ailleurs présente une objectivité plus ou moins grande. Or, en notre cas, le *dare* est-il le but, la contre-prestation uniquement envisagée par celui qui travaille, y a-t-il corrélation intime et nécessaire entre ces deux éléments *facere* et *dare* ? en principe, non ; la personne exerçant une profession ne saurait envisager la rémunération, la dette d'honoraires comme une contre-prestation directe et obligatoire de son *factum* ; sinon il n'y aurait aucune raison juridique de lui refuser une action correspondant à celle du client dans les cas où l'action *mandati directi* est accordée à ce dernier. Si le professionnel obtient ses honoraires, c'est par voie indirecte. Le bénéficiaire en effet doit reconnaître de lui-même, de sa propre volonté les services à lui rendus, il doit

(70) J. MAURY, Essai sur le rôle de la notion d'équivalence. Thèse Toulouse 1920, tome I, p. 32.

établir l'équivalence. Cette idée même a d'ailleurs servi de base à la solution, parfois adoptée, qui consisterait à nier qu'il y ait dans les services rendus par les professions libérales matière à un contrat sanctionné par le droit. Mais nous constaterons que, depuis les conceptions romaines, le rapport établi sur la base des services libéraux a notablement évolué, que son caractère synallagmatique s'est précisé, que la notion de cause s'y est affirmée.

Une autre raison de l'efflorescence restreinte de la théorie des contrats innommés en notre matière apparaît encore dans le développement rapide de la *cognitio extraordinaria*, dès l'époque classique, parallèle au développement des droits impériaux. Ce procédé simplifié, rapide, dut gagner assez vite sur les actions *in factum* auparavant accordées pour sanctionner ces relations de professionnels à clients, et qui d'ailleurs n'avaient certes qu'un caractère nettement restreint. Cependant si l'on admet que ces actions *in factum* furent pour les Byzantins une source normale, un point de départ réel pour la création de leur action civile en matière de contrats innommés, qu'ils en ont tiré en de nombreux cas leur action *prescriptis verbis*, on doit bien constater qu'avec elles disparaissait un moyen sérieux de construction de contrat innommé en ce qui concerne nos espèces.

33. — IV. — *Cognitio extraordinaria*. — Le livre 50 du Digeste, titre 13 en même temps qu'il nous offre la liste des *operae liberales* à Rome, nous indique aussi la sanction prévue pour la réclamation

d'honoraires ou la demande faite par les clients contre le débiteur des services convenus. Le moyen de sanctionner ces rapports que prévoit le titre 13 est la *cognitio extraordinaria*, accordée devant le président de province « *proeses provinciae* »⁷¹. Ce moyen d'action naquit pendant la période classique même, procédure extraordinaire en dehors des moyens normaux d'action du système formulaire. Mais la *cognitio extraordinaria* n'a fait son apparition qu'en des cas où le droit civil et le droit prétorien étaient muets. L'origine de ces cognitiones ne saurait toutefois remonter plus loin qu'au début de l'époque impériale⁷². Pour que cette procédure d'ailleurs puisse être exercée, la somme à réclamer devait être certa⁷³.

Pernice constate que cette *cognitio extraordinaria* vient du droit administratif, du droit public; elle s'appliquait à certains emplois du droit public et ceux-ci présentaient quelques caractères analogues à ceux des professions dont nous nous occupons. Les emplois d'officiers subalternes, cependant emplois de confiance, ne furent jamais rangés sous la notion de mandat. L'extension de la *cognitio* fut réalisée par l'intermédiaire des consuls, des prêteurs spéciaux, — bien qu'on n'en puisse pas démontrer l'existence, — et des autres magistrats⁷⁴.

(71) Dig. 50. 13. 17; code de Justinien, 4. 35. 1.

(72) C. BERTOLINI, *Appunti didattici di diritto romano. Il processo civile*. T. III, p. 7 et s.

(73) Code de Just. 4. 35. 17. Les pouvoirs du magistrat sont plus larges que ceux du juge dans la formule. Cf. BERTOLINI, *op. citat.*, p. 16.

(74) PERNICE. « *L'ordo judiciorum e l'extraordinaria cognitio*

34. — La *cognitio* n'était pas d'ailleurs uniquement un moyen de réclamation des honoraires; les pouvoirs si étendus du magistrat l'autorisaient à prendre en considération toute demande reconventionnelle et à condamner le demandeur. Le Digeste nous en donne des preuves formelles, il en fait application aux professions libérales : « Sed et adversus ipsos omnes cognoscere proeses debet... » (Dig. 50. 13. 1. 7) — « Haec omnia si apud proesides petuntur, videamus an de mutuis petitionibus possent proesides cognosci. Et putem debere admitti. » (Ulp. lib. 8 de omn. trib. Dig. 50. 13. 15.) Voici donc le client lui-même autorisé à agir reconventionnellement devant le président de province, à faire valoir de son côté ses droits à une exécution complète et régulière des services promis; la convention passée entre le professionnel et le client se trouve ainsi, régulièrement sanctionnée pour l'un comme pour l'autre; mais ceci ne saurait supprimer au bénéficiaire du *factum* ses autres moyens d'agir, car, avec la *cognitio extraordinaria*, il est évidemment dans l'obligation d'attendre que le débiteur des services agisse le premier, il ne peut lui-même prendre l'initiative⁷⁵.

durante l'impero romano », dans Archivio Giuridico, 1886, T. I, p. 116 et s. BERTOLINI, op. citat., p. 8.

(75) Lorsque la procédure extraordinaire a remplacé la procédure formulaire, la *cognitio extraordinaria* est devenue un procédé général d'action. Toute procédure en effet se déroule désormais en une seule phase; la *cognitio extraordinaria* n'a donc plus en elle-même de sens propre. Pour lui en donner, il faut une *causa*, une raison particulière d'agir; et cette *causa* spéciale, en notre cas, ce sont les services rendus par les professions englobées au titre 13 du livre 50 du Digeste.

35. — On se trouverait donc en présence de conventions que les Romains n'ont jamais rangées sous des catégories juridiques déterminées, mais qu'ils ont sanctionnées par des procédés spéciaux. A l'origine, le contrat de mandat est la seule catégorie sous laquelle on puisse ranger de tels rapports. L'honor conserve encore son sens étymologique. Mais par suite de l'évolution sociale, de la contamination du droit public, l'honor s'est souvent confondu avec la merces, le *salarium*; il est devenu normal. Disparaissait alors le critérium de gratuité qui avait servi à déterminer le contrat de mandat; devenait également nécessaire la création d'un moyen de réclamer les honoraires promis, ce fut le rôle de la *cognitio extraordinaria*.

ANCIEN DROIT.

36. — Les problèmes délicats que nous avons soulevés dans l'examen de la législation romaine, notre ancien droit français les rencontrera également, confins du mandat et du louage de services, notions de l'honoraire et du salaire, règles des professions libérales, mais pas avec la même acuité; en ce qui concerne la matière des obligations en général d'ailleurs, l'influence du droit Romain sur notre ancien droit fut prépondérante, et, notamment en la matière du mandat et du louage de services, n'apparaîtra aucune règle originale, aucun principe général nouveau; la législation romaine du Bas-Empire se retrouvera chez les glossateurs et influera directement nos jurisconsultes du XVII^e et XVIII^e siècles.

Le louage de services au moyen-âge fut d'une application assez rare, le nombre des ouvriers étant en effet fort restreint, car les seigneurs utilisaient leurs serfs pour la majorité de leurs travaux et de leurs corvées⁷⁶ mais, du jour où les serfs acquerront plus de liberté et ne seront plus astreints qu'à des travaux déterminés, et où se développeront les villes, les applications du louage de services apparaîtront plus nombreuses. Cependant, si les Cou-

(76) GLASSON. Histoire du droit et des institutions de la France. T. 7, p. 632.

tumiers s'occupent de ce contrat en quelques-unes de ses applications, on y rencontre pas de titre spécialement consacré à cette matière, (ainsi Coutume de Bauvoisis de Beaumanoir, Somme rurale de Bouteiller).

Le mandat, au contraire, occupe une grande place dans le droit de notre pays dès les époques mérovingienne et carolingienne. Il suffit, pour en découvrir l'existence, de parcourir les recueils de formules⁷⁷; mais ce contrat a passé chez nous à peu près tel qu'il existait à Rome même, et les formules franques s'apparentent étrangement des termes employés par les jurisconsultes romains. Plus tard aussi, le droit coutumier s'appropriera les règles romaines sans modification importante quant à la nature et aux effets du contrat; mais, contrairement au droit romain, le mandat n'était pas un contrat consensuel aux X^e et XI^e siècles; certaines formes étaient exigées lors de sa formation (remise d'un gant par exemple⁷⁸); au moyen-âge, il se formait par « bouce » (verbalement), ou par « lettres » (écrit)⁷⁹.

37. — Il paraît bien que dès les X^e et XI^e siècles, notre ancien droit se soit également attaché à la règle de la gratuité comme normale au contrat de mandat, sans que l'on puisse toutefois en déduire, de façon certaine, qu'était repoussée, de manière stricte, toute idée de spéculation et de bénéfice; en tout cas au XIII^e siècle, on ne semble plus établir une différence

(77) ROZIÈRE. Recueil de formules. T. I, n° 384 et s., p. 473 et s.

(78) ROZIÈRE. Op. citat., n° 384, § 2.

(79) BEAUMANOIR. Coutume du Bauvoisis. Ch. XXIX, 5, 6.

bien nette entre la rémunération donnée à un salarié et celle accordée à un mandataire; ainsi Beaumanoir appelle « salaire » et « loier » l'honoraire dû à un avocat et déclare « qu'il se pot bien louer por la querelle à un homme: »⁸⁰. Il est loin d'exclure toute rémunération du mandat⁸¹ sans vouloir confondre cependant mandat et louage⁸². La rétribution est donc certainement admise pour les mandats en justice, (ce sont là ceux envisagés par Beaumanoir dans son chap. IV, à l'occasion desquels il examine les règles de la procuration)⁸³. Quant aux autres mandats, on ne saurait de façon très précise donner un avis formel sur leur caractère gratuit ou intéressé⁸⁴. Le livre de Jostice et de Plet enseigne que, si le mandataire prend loyer, il se regarde « plus louage que amitié »⁸⁵. Beaumanoir reconnaît aux avocats une action en justice pour réclamer les sommes qui leur sont dûes⁸⁶, sans d'ailleurs préciser la nature de l'action qui leur est accordée; il dit bien toutefois que si les avocats « ne font point de marché... ils doivent estre païés par journées »⁸⁷,

(80) BEAUMANOIR. Cout. du Bauv., 3, 6, 12 et 21.

(81) Procureurs doivent avoir « salaire soufizans » — BEAUMANOIR, Cout. du Bauv., 4. 21 et il ajoute : « Nule france persone n'est tenue à servir autre pour noient (néant) ».

(82) BEAUMANOIR. Cout. du Bauvoisis. XXIX, 5; BEAUMANOIR y fait nettement la distinction entre mandat et louage de services.

(83) Cependant les Etablissements de Saint-Louis refusent toute action en vue d'obtenir une rémunération aux amparliers ou avant parliers; de même les assises de Jérusalem. Assises de la cour des bourgeois, XX, XX, édit, par BEUGNOT. T. II, p. 21.

(84) GLASSON, op. citat.

(85) Livre de JOSTICE et de PLET, p. 162.

(86) BEAUMANOIR, Cout. Bauvais, édit. BEUGNOT, chapitre V, p. 89.

(87) BEAUMANOIR, op. citat., chap. V, p. 89.

et ce serait alors un véritable louage d'ouvrage⁸⁸. Ce qu'il y a de certain, c'est que notre ancien droit tombait dans les mêmes confusions que le droit Romain entre *honorarium* et *salarium*⁸⁹.

38. — Les Glossateurs d'ailleurs n'avaient pas apporté de grande retouche à la théorie romaine du mandat et du louage de services, pas plus qu'aux moyens de recours accordés aux professions libérales pour la réclamation des rémunérations promises. Le mandat est essentiellement gratuit, le principe est toujours sauvegardé; la glose sur le texte du Digeste (17. 1. 6. princ.) est formelle à cet égard⁹⁰. Le louage au contraire comporte toujours une rémunération fixée en argent : *merces*⁹¹. Il est remarquable toutefois que les termes *honor*, *salarium* et même *merces* sont employés les uns pour les autres⁹² malgré le sens de rémunération honorifique que l'on pour-

(88) Ce qui peut sembler étonnant quant aux honoraires des avocats, c'est le nombre des ordonnances royales intervenues pour limiter les sommes que pouvait toucher un avocat, sommes que l'on dit d'ailleurs fixer suivant son mérite et son renom. BEAUMANOIR, op. citat., p. 89. Ainsi en 1274, une ordonnance de Philippe Le Hardi; en 1291, ordonnance de Philippe Le Bel; autre ordonnance en 1344 (CAMUS et DUPIN, lettres sur la profession d'avocat. T. I, 105); les règles posées d'ailleurs étaient constamment violées. Des ordonnances semblables existent aussi pour la réglementation des sommes accordées aux notaires : Ordonnance de Philippe Le Bel, du 23 mars 1301; autre ordonnance du même souverain en juillet 1304, art. 7. BLANCHART, thèse, Paris 1907. Le droit aux honoraires dans les professions libérales.

(89) La rémunération des avocats est appelée *palmarium*, *honorarium*, *salarium* *eximium*, *merces* *eximii laboris*. BRODEAU, sur l'article 125 de la Coutume de Paris, n° 1.

(90) Si remunerandi. Sed haec sic accipienda est, ut si intervernerit *salarium*, nihilominus *mandatum* cotrahatur, non ut sit *actio mandati*.

(91) CYNUS. Super codic. Lib. III, p. 281. La question y est posée de savoir si un louage peut exister sans *merces*; et il est répondu, qu'en ce cas, il n'y aura pas de louage, mais un contrat innommé.

(92) Glose sur le Dig. 50, 13. 1. 14 et Dig. 50, 13. 1. 5.

rait croire réservé au terme honor⁹³. En tout cas, on ne peut pas louer les services d'une profession libérale⁹⁴; les professionnels conservent comme moyen d'action une poursuite « extraordinaire » devant le juge⁹⁵; leurs services ne font d'ailleurs pas plus l'objet d'un contrat inommé que d'un louage⁹⁶. Johannus Faber distingue la *cognitio extraordinaria* des autres actions qui, elles, sont dirigées contre l'autre partie, alors que la demande formulée par les professions libérales ne vise pas directement le client, mais implore le juge de leur faire obtenir le versement d'un salaire, en vertu de son *impérium*⁹⁷.

Cette doctrine des glossateurs eut une influence prépondérante sur notre ancien droit, et les auteurs des XVI^e, XVII^e et XVIII^e siècles s'en inspireront dans leurs œuvres; et la question du louage de services, par exemple, n'a été bien étudiée, chez nous, qu'à dater du XVI^e siècle à la lueur des lois romaines⁹⁸. Domat envisageant la situation des procureurs et des courtiers se contente de reproduire les textes romains⁹⁹. La fonction du procureur est gratuite; Cujas est également de cet avis¹⁰⁰, quoiqu'il

(93) Glose sur Dig. 17. 1. 6. pr. Honor. id est donatio, vel remuneratio aliqua. Ideo sic dicta : quia honor est ei cui datur.

(94) Glose sur Dig. 19. 5. 5. 2 : Opera locari solet, non liberale officium.

(95) Glose sur Dig. 50. 13. 1. I. : Officio iudicis implorato, extraordinem mercedes et salaria petuntur.

(96) JOHANNUS FABER. Comment. sur les Instit. de JUSTINIEN. Inst. IV. 27. 13.

(97) JOHAN. FABER, op. citat. Instit. III, 6. 10.

(98) BEAUNE. Les Contrats, p. 287 et suiv.

(99) DOMAT. Les lois civiles dans leur ordre naturel. L. I, t. XV, IX. « Les Procureurs constitués exercent d'ordinaire une honnêteté et un office d'ami, leur fonction est gratuite; et si on convenait de quelque salaire, ce serait une espèce de louage ».

(100) CUJAS. sur le liv. 32. Pauli ad, édictum. I. 55 Mand.

admette la possibilité d'un honoraire, mais la somme remise au procureur ne transforme pas le contrat de louage : « nec procurator locat operas suas, quamvis salarius est » ¹⁰¹. Pothier lui-même soutiendra également les solutions romaines, et l'élément gratuité reste toujours le caractère distinctif entre le mandat et le louage de services, car l'honor qui peut être remis au mandataire a moins un caractère de paiement que de dation rémunératoire, à but de reconnaissance ¹⁰². Cependant, en ce qui concerne la liste même des professions libérales, nos auteurs ne suivent pas toujours exactement celle qui était donnée par le Digeste. (50-13, 1 pr. et § suivants). Pothier, par exemple, y fait rentrer les services du peintre ¹⁰³, exclus des professions libérales en droit Romain et susceptibles de louage. (Dig. 19-5-5-2) Cujas au contraire jugeait les avocats comme des locateurs ¹⁰⁴.

39. — Notre ancien droit avait aussi réalisé une innovation importante par l'admission du principe de représentation, inconnu du droit romain dans sa forme absolue, quoique préparé par lui. Ce principe encore inconnu au XIII^e siècle, est admis par la doctrine dès le XVI^e siècle, et quand le mandataire a donné connaissance de sa qualité, il est rendu

(101) Contra : Serres, Institution du droit français. Tit. XXVII, p. 520; GUY COQUILLE. Quest. sur la cout. du Nivernais. Question 197.

(102) POTHIER. T. 5, p. 181 et suiv.

(103) POTHIER. Traité du mandat, t. 5, p. 181 et s.

(104) CUJAS. Loco. citato. « Advocati officium non est gratuitum », et aussi : Comment. in lib. III. Respons. Papin, ad leg. 7 mandat.

minister et le mandant seul est engagé directement. Domat en donnera une formule décisive¹⁰⁵.

Le code civil lui-même sera inspiré des principes romains transmis jusqu'à lui par l'intermédiaire de l'ancien droit, malgré l'innovation de son article 1986 admettant l'existence d'un mandat salarié, mais solution exceptionnelle, que d'ailleurs la pratique romaine et française ancienne avaient depuis longtemps consacrée en fait. La ruine de la gratuité absolue du mandat était ainsi consacrée, mais cette gratuité n'était depuis longtemps qu'un bien fuyant fantôme.

(105) DOMAT, op. citat. I, XV, sect. I. « La procuration est un acte par lequel celui qui ne peut vaquer lui-même à ses affaires donne pouvoir à une autre de le faire pour lui, comme s'il était lui-même présent ».

CHAPITRE II.

LA REMUNERATION DE L'ACTIVITE PROFESSIONNELLE

40. — Le problème est donc de déterminer le mandat salarié, de fixer ses caractères essentiels, de fournir un critère qui le distingue des contrats qui s'en rapprochent particulièrement, le contrat de travail et le contrat d'entreprise, et que nombre d'activités complexes comme celles du représentant de commerce, de l'agent d'affaires, de l'agent d'assurances, nous montrent comme particulièrement difficiles à limiter. Ne pourrait-on tirer de la rémunération de l'activité professionnelle un élément précis de détermination du mandat ? soit de l'existence même de cette rémunération, soit du mode selon lequel elle est établie, telle est la question qu'envisage ce chapitre.

SECTION I.

Existence d'une rémunération.

41. — L'activité professionnelle est essentiellement ordonnée au paiement d'une rémunération, cette rémunération formant l'équivalent économique de la prestation de services réalisée. Mais n'y a-t-il pas ici un élément qui apparaît en contradiction flagrante avec la nature du mandat ? de telle sorte qu'une prestation de services comportant une rémunération fixe ne saurait faire l'objet d'un mandat et que ce contrat par là-même serait déterminé, c'est-à-dire limité par rapport aux contrats de travail et d'entreprise. En droit romain, malgré les atteintes déjà portées à cette règle, le mandat n'en restait pas moins soumis au principe de la gratuité. L'article 1986 de notre code civil a consacré le même principe, tout en admettant aussi, et de manière expresse, qu'il puisse comporter certaines dérogations : « Le mandat est gratuit, s'il n'y a convention contraire. » Ce texte est une consécration du fait accompli, des atteintes à la gratuité que rien ne pouvait refouler ; les auteurs du code évitaient ainsi de rejeter le mandat hors du cadre des contrats qui consacrent la fonction rémunératrice de l'activité

humaine¹. Si bien qu'aujourd'hui la disposition même de l'article 1986 se trouve positivement renversée, et, en pratique, la gratuité du mandat est devenue l'exception, la rémunération, la règle². Cette transformation d'ailleurs était une conséquence inévitable des circonstances économiques nouvelles, et, de nos jours, il deviendra rare de voir consacrer la gratuité du mandat en dehors des rapports de parenté et d'amitié.

42. — L'article 1986 toutefois exige que la rémunération ait fait l'objet d'une convention entre les parties, convention expresse ou tout au moins tacite; telle est en effet la solution qui paraît se dégager des termes mêmes du code. Cependant la jurisprudence n'a pas cru devoir conserver cette solution et elle a reconnu, au contraire, que certains mandats devaient être présumés salariés et qu'un salaire devait donc être versé par le mandant au mandataire, en dehors de tout accord des parties relatif à cette rémunération; cette présomption d'onérosité du mandat joue précisément en faveur des individus qui font profession de s'occuper des affaires d'autrui, tels les agents d'affaires, les avoués, les avocats (dans les hypothèses où ils peuvent accepter un mandat)³.

La question a été au contraire discutée pour le notaire; si parfois on a admis qu'une rémunération ne devait leur être versée que si une convention

(1) LOCRÉ. Travaux préparatoires du code civil. T. 15. p. 211 et s. Exposé de motifs fait par BERLIER, conseiller d'Etat. Rapport fait au Tribunal par TARRIBLE.

(2) JOSSERAND. Cours de droit positif français. T. II, n° 1394 et s.

(3) Cass. 15 juin 1896. D. 96, 1, 561, S. 97, 1, 269.

expresse ou tacite entre les parties l'avait prévue⁴, il semble plus juste d'admettre que leur situation doive être semblable à celle des autres professionnels, et de compenser au moins par là la responsabilité de plus en plus lourde que la jurisprudence consacre à leur égard⁵. « Le fait qu'un individu remplit des mandats en vertu de son activité professionnelle normale, et d'activité professionnelle égalant pour lui moyens d'existence, est un titre suffisant à la présomption de mandat salarié »⁶. Cette affirmation que consacre aujourd'hui la jurisprudence, rend donc particulièrement inefficace dans le domaine professionnel, comme élément de détermination de mandat la présence d'un salaire; la convention intervenue entre les parties, établissant que la prestation des services devrait comporter un salaire, aurait pu en effet parfois apporter quelques indices sur la nature du contrat formé, les parties souvent même s'y seraient formellement exprimées; l'absence de toute convention entre elles relative à la rémunération laisse aussi en pleine obscurité le problème de la détermination de leur situation contractuelle⁷.

Mais, en nombre de cas, il peut être difficile de savoir si le mandat est gratuit ou salarié; car le fait qu'un mandat ne comporte pas de rémunération n'indique pas toujours qu'il s'agisse d'un mandat

(4) Cass. 1^{er} déc. 1891. D. 92. 1. 209, S. 93. 1. 497.

(5) Req. 6 août 1873. D. 1875. 1. 261.

(6) LAURENT. Principes de droit civil. T. 27, p. 387.

(7) CRÉMIEU. Rev. trim. 1913, p. 2641, qui tient pour le critérium de la gratuité.

gratuit, et ceci est particulièrement intéressant pour l'appréciation des fautes du mandataire et l'évaluation des dommages et intérêts⁸. En matière civile d'ailleurs, comme en matière commerciale, c'est aux juges du fond qu'il appartient de décider souverainement si le mandat est gratuit ou salarié, il y a là une pure question de fait⁹.

Si les parties n'ont pas fixé la quotité des salaires que le mandataire doit toucher, les juges peuvent apprécier souverainement la difficulté; ils tiennent compte des obstacles rencontrés par le mandataire, des frais exposés par lui¹⁰.

43. — Si donc la possibilité de l'existence d'un salaire au cas de contrat de mandat n'est plus contestable, la question reste entière de savoir quelle est la nature de la rémunération versée au mandataire, et à s'en tenir aux termes même du rapport de Tarrible au Tribunal¹¹, la rémunération accordée au mandataire emprunterait un caractère tout particulier, celui d'une récompense gracieuse, l'expression de la reconnaissance, et non un bénéfice; jamais elle ne revêtirait le caractère d'une spéculation, d'un équivalent économique; dès lors ce ne serait pas

(8) Paris, 19 juin 1924. D. 1924. 2. 129, le mandataire avait intérêt, en l'espèce, à l'affaire qu'il devait traiter. Cf. aussi, 19 décembre 1895. D. 1897. 2. 77.

(9) Cass. Req. 28 mars 1887. Pand. fr. 1888. 1. 197. Le mandataire d'ailleurs n'a droit à une rémunération que de la part du mandant, mais il ne pourrait, en aucun cas, recevoir une commission du tiers avec qui il s'est trouvé en rapport. Civ., 17 juillet 1918. Cf. Rev. trim., 1919, p. 540.

(10) Req., 8 janv. 1890, S. 1890. 1. 517; Civ., 30 oct. 1895, S. 1897. 1. 394; Req., 19 mai 1930, S. 1930. 1. 301.

(11) « Une récompense donnée ou promise n'est jamais réputée, dans ce contrat, qu'une indemnité, elle n'est pas un bénéfice ». LOCRÉ. T. 15, loc. citat.

l'existence même d'une rémunération qui conduirait à distinguer le mandat des contrats de travail et d'entreprise, mais la nature de cette rémunération. Présente-t-elle le caractère d'un salaire, rémunération qui a déterminé le mandataire à agir, qu'il a envisagé comme contreprestation de son activité ? les services qu'elle rémunère ne peuvent être l'objet d'un contrat de mandat. Mais il faudrait établir précisément, et de manière certaine, quand l'indemnité versée présentera le caractère de récompense ou de bénéfice, ce qui ne semble pas particulièrement aisé à fixer.

On rencontre même des cas où la rétribution promise au mandataire prend tout l'aspect d'une véritable spéculation¹². Quelles règles faudra-t-il poser, quelles limites établir pour juger si la rémunération a été ou non trop élevée ? Il y a là un critérium d'un manque d'objectivité total, et, si l'on veut retenir le principe de la gratuité comme déterminant du mandat, il faut l'établir absolu¹³.

Que l'on caractérise d'ailleurs le mandat par l'absence de rémunération ou le caractère non spéculatif, mais purement gracieux accordé à celui-ci, la solution sera la même du point de vue professionnel : rendre l'application du mandat impossible ; car le propre de l'activité professionnelle est précisément

(12) Req. 19 mars 1929. S. 29, I. 221. La rétribution d'un bijoutier ayant reçu mandat de vendre certains objets consiste dans la différence entre le prix fixé d'accord avec le client et celui obtenu des acheteurs.

(13) C'est la solution adoptée par le Code Allemand. B. G. B., art. 662. — Cf. aussi. BARASSI, *Contratto di lavoro e mandato*, p. 136, § 11.

qu'elle doit suffire aux besoins de l'individu, comportant donc nécessairement comme but la réalisation d'un bénéfice. Cependant certaines professions, dont l'activité présentant un caractère plus intellectuel que manuel, ont été mises à part et que on a voulu les ranger sous une catégorie spéciale¹⁴; on a jugé que les services rendus par elles étaient particulièrement inestimables en argent, étant donné la part de dévouement qu'elles présentent très souvent. Cette idée d'ailleurs, explique, pour beaucoup, à n'en pas douter, la facilité avec laquelle on range trop souvent, et de façon arbitraire, ces professions sous le titre du mandat (notaires, architectes, médecins même); et, si l'on maintenait la rémunération du mandataire comme déterminante, sous sa forme de récompense, d'indemnité relative sans prétention d'équivalence, voilà toute une liste de contrats professionnels qu'on ne manquerait pas de vouloir qualifier de mandats¹⁵. Certains auteurs ont même été plus loin et se sont refusés à voir dans les services des professions libérales l'objet possible d'un contrat¹⁶,

(14) TROPLONG, Traité du mandat et du louage, p. 29.

(15) On ne saurait du reste imaginer une pareille solution en vertu de la prédominance du travail intellectuel fourni par les professions libérales sur le travail manuel; ces deux qualités du travail sont d'ailleurs le plus souvent inséparables, et l'un comme l'autre peuvent faire l'objet d'un contrat; il ne semble pas au moins que la nature du travail réalisé doive influencer sur la nature et la construction juridique du contrat dont il a été l'objet. Abello, della locazione. Vol. II. Locazione di opere, p. 123.

(16) AUBRY et RAU, Cours de droit civ. 5^e édit. T. V, p. 390. « Les actes dépendant d'une profession littéraire, scientifique ou artistique, ne pourront, directement et en eux-mêmes, former l'objet d'un engagement civilement obligatoire... ». Il est bien évident que, comme dans toute obligation de faire, on ne pourra forcer le débiteur récalcitrant à exécuter, mais l'inexécution des conventions donnera lieu à des dommages-intérêts, et d'ailleurs,

opinion que la jurisprudence condamne formellement¹⁷.

44. — La question qui se pose est donc une question d'équivalence, d'équilibre des valeurs, et il est strictement certain que les services fournis doivent offrir, pour faire l'objet d'une convention obligatoire, un caractère d'appréciabilité économique suffisante¹⁸. La traduction de la valeur d'une prestation en monnaie, c'est-à-dire la fixation d'un prix, voilà la condition nécessaire à l'existence d'un contrat; peut-on établir la valeur des services rendus par les professions libérales ? Cette valeur, ce n'est pas la valeur absolue de la chose en elle-même seulement, valeur objective, valeur d'échange, mais aussi valeur subjective, valeur d'usage, faite de l'appréciation personnelle du bénéficiaire sur l'utilité et la rareté de la chose, du service rendu¹⁹. Il faut tenir compte, comme d'ailleurs pour tout objet matériel, d'éléments très divers; la notion d'utilité trouve également ici toute son importance aussi bien que celle de satisfaction personnelle du bénéficiaire. Mais, en l'espèce, l'activité réalisée est intimement liée à la

disent AUBRY et RAU eux-mêmes, les actes des professions libérales « n'en constituent pas moins, à raison de l'avantage qu'ils sont destinés à procurer, une cause suffisante pour valider la promesse de rémunération faite par celui au profit duquel ils doivent être accomplis ». Cette formule a été reprise par Cass. Civ. 3 mars 1926, S. 1926. 1. 116.

(17) Paris, 4 juil. 1865, Affaire Rosa Bonheur. D. 1865. 2. 201; S. 65. 2. 233. Dans le même sens, 2 décembre 1897. S. 1900. 2. 201, note de WAHL. Pour un médecin. Pau 1^{er} mai 1900, S. 1900 2. 301. Note de LABBÉ sous Req. 1^{er} déc. 1891. S. 1893. 1. 497.

(18) Cette nécessité même est admise par la jurisprudence. Riom, 15 février 1894, S. 97. 1. 235. PLANIOL et RIPERT. Traité prat. T. 6 par P. ESMEIN. N° 222.

(19) ABELLO. Op. citat., p. 158.

personne même qui l'a fournie, bien différente donc de la marchandise qui sort en multiples exemplaires, tous d'une qualité sensiblement égale d'une machine déterminée. L'autorité, la valeur du professionnel sont des éléments d'une évaluation évidemment délicate, toute subjective, mais ici comme partout la valeur n'est-elle pas plus relative qu'absolue, dépendant effectivement des valeurs comparées de services semblables rendus à la même époque²⁰.

« Le prix est généralement considéré comme normal quand il a été voulu »²¹ et la liberté laissée aux parties de fixer, par accord de volontés, la valeur de leurs prestations est basée, pour une certaine part, sur une présomption d'équivalence.

45. — Quant à la part de dévouement que comportent les services effectués par certaines de ces professions libérales, il est évident qu'une appréciation, même subjective, est particulièrement délicate, qu'il est difficile de réaliser une juste comparaison des valeurs. Est-ce là une raison suffisante pour écarter toute appréciation valable et ne peut-on arriver à une compensation pécuniaire de ce dévouement ? Cependant on évalue bien le dommage-moral²², sans prétendre pour cela qu'il y ait possibilité quel-

(20) CLAMAGERAN, Louage, mandat, commission, n° 293.

(21) MAURY, Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français. Thèse, Toulouse, 1920. T. 1, p. 159 et s.

(22) Réparation du préjudice moral causé par un décès, intérêt d'affection. Req. 10 avr. 1922. D. 1923. 1. 52, note LALOU. S. 1924. 1. 53, note P. EISMEIN; Civ. 13 févr. 1923, D. 1923. 1. 52. Crim. 15 décembre 1923. D. 1924. 1. 69. — Cas d'un architecte voyant son contrat rompu et demandant des dommages intérêts en raison du préjudice moral souffert par lui dans sa réputation professionnelle. Douai. 19 nov. 1928. Rec., Douai 1929, 73; Rev. trim. 1929, p. 465.

conque d'une équivalence certaine²³, et en reconnaissant à la réparation une valeur satisfaisante²⁴. Le dévouement est-il plus difficilement compensé que la douleur ? Il est certain toutefois que ce sont là des éléments qui ont contribué pour une large part à faire classer dans la catégorie du mandat des professions telles que celles d'avocat, de médecins, ou en tous cas, à faire refuser de les comprendre comme des louages de service ou d'ouvrage.

Cependant la rémunération de certaines d'entre elles, et de celles mêmes où pourraient être le plus justement invoqués les arguments de dignité, de dévouement, a revêtu, en nombre de cas, le caractère d'une véritable tarification; ainsi pour les médecins, dont les consultations ne peuvent avoir lieu qu'à des prix déterminés soit par leur syndicat (soins à donner aux individus protégés par la loi des assurances sociales), soit par les compagnies à qui ils fournissent leurs services (compagnies d'assurances, de chemin de fer). Le droit des avocats à réclamer leurs honoraires en justice a été longtemps contesté et l'est encore aujourd'hui même par nombre de barreaux²⁵; mais la jurisprudence l'a cependant formellement consacré²⁶ et depuis fort longtemps;

(23) A. MINOZZI, *Studio sul danno non patrimoniale*, p. 60 et s. Le juge fixera lui-même le « quantum debeatur ».

(24) DORVILLE, *L'intérêt moral dans les obligations*. Thèse, Paris, 1901, p. 3; BOISTEL, *Philosophie du droit*. T. 1, p. 462 et 463.

(25) Consultation LACAN, St. Pons, 31 mars 1868.

(26) Bourges, 26 avril 1930. S. 1830. 2. 159. Aix, 14 juin 1905, D. 1911. 2. 185. Trib. Civ. Charleville, 28 mars 1907, D. 1907. 2. 147. Alger, 27 févr. 1924. DH 1924. 378. Ce droit est consacré aussi par la loi du 5 septembre 1807 (art. 2 et 4) et par le décret du 16 février 1807 (art. 81 et 22). Cf. aussi en ce sens, WAHL. Rev. Trim.

les avocats donnent désormais leurs consultations à forfait à des sociétés dont ils sont les conseils ²⁷; ainsi les avocats de la Régie ou ceux des compagnies de chemins de fer. Les tribunaux jugent donc que ces professionnels méritent un bénéfice qu'ils ne se font pas faute de consacrer, et, en les qualifiant, souvent à tort d'ailleurs, de mandataire salariés, ils rejettent par là même la possibilité de s'attacher à l'absence de rémunération ou à sa nature pour reconnaître et déterminer le contrat de mandat.

1903, p. 497 et s. Le droit de l'avocat aux honoraires. GARSONNET, Traité théorique et pratique de procédure. T. 1, § 254. CRÉMIEU, Rev. trim. 1925, p. 129. APPLETON, Traité de la profession d'avocat, p. 409 et s.

(27) Décis. du Conseil de l'ordre du Barreau de Paris, 2 déc. 1919. Cf. PAYEN et DUVEAU, Les règles de la profession d'avocat, Alger, 27 février 1924, préc. D. H. 1924, 378. « L'interdiction... de consentir à un forfait constituent des règles d'élégance et de dignité professionnelle qui ne peuvent mettre obstacle à la recevabilité en justice d'une demande en paiement d'honoraires formée par un avocat. »

SECTION II.

Mode de rémunération.

46. — Dans les cas où le mandat se présente comme salarié, on peut se demander sous quelle forme sera versé ce salaire, et notamment sera-t-il versé proportionnellement au temps dépensé à l'accomplissement du mandat ou suivant une base forfaitaire ? Les parties contractantes jouissent à cet égard de la plus large liberté; tous les modes de rémunération qu'elles pourraient prévoir sont valables, aussi bien rémunération en espèces que rémunération en nature. La pratique cependant, et principalement dans le domaine des mandats professionnels, a vu consacrer le principe du forfait, ou rémunération établie invariablement par les parties avant la réalisation du contrat, indépendamment des variations de durée et d'onérosité du travail²⁸. Les cas de l'avoué, du notaire, de l'avocat (du moins dans les hypothèses où ces derniers ont reçu un mandat véritable) sont une exacte démonstration de cette pratique. Parfois le mandataire sera également rémunéré au moyen d'un tant pour cent sur les affaires qu'il aura réalisées pour le compte de son mandant : ainsi des

(28) C'est du moins la définition qu'en donne l'article 1793 du code civil, quant aux architectes et entrepreneurs.

représentants de commerce qui ont reçu pouvoir d'agir au nom de leurs maisons; la rémunération prend alors la forme d'une commission, forfaitaire quant au tarif proportionnel accordé au bénéficiaire, mais non quant au montant de la somme touchée, puisqu'elle varie proportionnellement aux commandes passées; et la jurisprudence même s'est parfois basée sur le fait que les représentants étaient rémunérés par une commission pour les déclarer mandataires et leur refuser le titre de préposés²⁹, indépendamment de toute question de savoir si le représentant avait qualité pour agir au nom de sa maison. Serait-ce donc qu'elle prétend limiter mandat et contrat de travail d'après le mode de rémunération de ces contrats ? et qu'en serait-il alors vis-à-vis du contrat d'entreprise ?

47. — On a bien proposé, il est vrai, de distinguer le louage de services ou de travail de l'entreprise en se fondant sur la manière dont sont rémunérés les services effectués; si la rémunération est établie d'après l'importance du travail, c'est une entreprise³⁰. Mais cette distinction ne peut être retenue, car, en pratique, ces deux modes de rémunération seront souvent confondus; une même personne sera à la fois payée proportionnellement au temps et d'après l'importance de son travail; dès lors, comment établira-t-on à quel contrat il faudra se référer ? La jurisprudence d'ailleurs est formelle en

(29) Paris, 15 janv. 1924, D. 1924. 2. 156; Paris, 6 mars 1929, Gaz. Pal. 1929. 1. 761.

(30) PLANIOL, Traité élémentaire. T. II, p. 658, n° 1898.

sens contraire : on ne peut attacher une valeur déterminante en ce qui concerne la qualification du contrat au mode de rémunération de l'ouvrier³¹. Si un contrat de travail peut donc être aussi bien rémunéré au temps ou à la tâche, le salaire basé sur l'importance du travail, reste cependant un élément accessoire de distinction de l'entreprise; l'entreprise, en effet, comporte essentiellement un forfait³².

48. — En cela, d'ailleurs, on trouve un caractère bien commun entre les contrats formés par les individus exerçant une profession libérale d'une part et leurs clients et l'entreprise d'autre part; mais il faut évidemment donner à ce terme une acception tout à fait large, et non celle qui lui est réservée au code civil, où il s'applique spécialement aux contrats ayant pour objet une construction (Art. 1787 et s.)³³. Aussi bien le cas du médecin offre une preuve assez patente de l'importance du forfait en ces professions³⁴, avec cet aspect tout spécial cependant que les tribunaux se réservent le droit de contrôler les honoraires fixés; de cette façon, le forfait n'établit

(31) Amiens, 20 mars 1900, S. 1902. 2. 45; Civ., 22 févr. 1909, D. 1911. 1. 297.

(32) Req., 9 nov. 1904, D. 1913. 5. 6; Req., 22 févr. 1911, D. 1911. 1. 470; COSTES. note au S. sous Cassat. civ., 24 avr. 1925, S. 1928. 1. 65. — Nous ne croyons pas cependant qu'il soit utile de diviser la catégorie du louage de travail suivant le mode de rémunération employé au temps ou à forfait (louage de services d'une part, louage d'ouvrage d'autre part). On ne voit pas bien à quel réel intérêt pratique doit mener une pareille division, notamment quant à l'application de l'article 23 du code de travail ou à la loi du 9 avril 1898, étant donné que la subordination du travailleur reste la caractéristique de cette catégorie.

(33) PLANIOL, *Traité élémentaire*. T. II, p. 639, note 1.

(34) Trib. Seine, 23 févr. 1907, Pand. Fr. 1907. 2. 98; 1^{er} avr. 1914, Gaz. Trib. 1914, 1^{er} sem. 2. 375; 28 nov. 1922. Gaz. tr. 1923. 2 févr.

aux yeux de la jurisprudence qu'un maximum que l'on ne pourra dépasser, mais non un minimum, et ce maximum elle le réduira si, par exemple, les soins donnés n'ont pas été ceux qui avaient été primitivement envisagés³⁵. Il en serait de même dans d'autres professions comme celles du notaire et de l'avocat.

Le mode de rémunération stipulé au contrat de mandat n'est donc pas caractéristique, il ne servirait pas absolument à le distinguer du contrat de travail; vis-à-vis du contrat d'entreprise, il constitue au contraire une base certaine de rapprochement, de difficultés d'identification.

(35) Seine, 28 nov. 1922, préc.; GRAVEN, Les médecins et le droit civil, thèse Grenoble, 1925. — La jurisprudence prétend exercer un contrôle sur la formation même du contrat intervenu entre le patient et le médecin; elle veut sanctionner ainsi l'inégalité des situations qui a pu exister à ce moment, le patient n'étant pas en état de se soustraire aux conditions exigées par le médecin, de les discuter. De même, en droit maritime, avant la loi du 29 avril 1916, certaines décisions admettaient que la rémunération lors de la formation du contrat d'assistance pouvait être réduite, si la convention était frappée d'un vice de violence, ainsi dans des cas où elle avait été passée sous l'influence du danger. Cf. Marseille 1894. Rev. intern. drt marit. X, 87. La loi de 1916 est venue prononcer la nullité d'un tel contrat lésionnaire.

CHAPITRE III.

L'INDEPENDANCE PROFESSIONNELLE

49. — Lorsqu'une personne reçoit un mandat et que pour ses services de mandataire, on lui verse un salaire, doit-on la considérer comme conservant une réelle indépendance vis-à-vis de son mandant, ou comme devenant au contraire son subordonné ? la question n'intéresse pas seulement d'ailleurs le mandat salarié, mais aussi tout mandat en général. Cependant il peut sembler que le versement d'une rémunération au mandataire, créant ainsi entre lui et son mandant des relations d'ordre économique, rende la question de subordination particulièrement intéressante, et, en fait, on le verra, les conventions à base d'activité professionnelle et qualifiées de mandats ont une sérieuse influence, du moins en jurisprudence, sur les solutions qui seront envisagées. Les notions d'indépendance, de subordination ont en effet pris aujourd'hui une importance prépondérante quand il s'agit de déterminer les contrats de travail et d'entreprise; or ce sont là précisément les limites du mandat salarié, les contrats dont il faut le distinguer, si on veut en préciser les caractères; il serait donc téméraire d'essayer de caractériser le contrat de mandat quant aux relations d'in-

dépendance existantes entre mandant et mandataire, si l'on n'avait établi au préalable le but exact, la valeur possible d'une pareille solution par rapport aux contrats de travail et d'entreprise.

SECTION I.

Subordination et contrats de prestation de travail.

50. — A qui demander les éléments nécessaires pour résoudre la difficulté ? Ce n'est pas en tout cas le Code civil qui nous fournira ces éléments; l'article 1710 en effet confond sous le terme générique de louage d'ouvrage tous les contrats par lesquels on s'engage à faire quelque chose pour autrui. L'article 1779, il est vrai, distingue trois espèces de louage : gens de travail, voituriers et entrepreneurs; mais, outre que cet article n'envisage qu'une ou deux espèces du genre louage de services ou louage d'ouvrage, il ne donne aucune définition du genre lui-même, pas plus qu'il ne lui consacre de dispositions spéciales. Si le code ne nous apporte rien pour la solution du problème, la jurisprudence au contraire est particulièrement abondante, et, spécialement dans ces trente dernières années, les tribunaux se sont efforcés de préciser les notions d'indépendance et de subordination professionnelle, aidés en cela d'ailleurs par une doctrine de plus en plus ferme et parfois aussi aventureuse. Le fait de la subordination du contractant s'est ainsi acquis une valeur primordiale pour la détermination des contrats de travail et d'entreprise; cependant la dépendance peut être

envisagée sous différents aspects; ou on s'en tiendra à la subordination économique du travailleur pour caractériser le contrat de travail vis-à-vis du contrat d'entreprise; ou bien on essaiera de les limiter d'après les notions soit de subordination juridique, soit de subordination technique, et on obtiendra ainsi un rayon d'extension plus ou moins large du contrat de travail.

§ 1. — *Subordination économique.*

51. — Serait tenu en vertu d'un contrat de travail vis-à-vis de l'employeur celui qui se trouve lié à cette personne du fait que celle-ci lui fournit le travail qui lui est nécessaire pour vivre¹.

Le lien qui intervient donc entre le patron et son employé est avant tout d'ordre économique, l'ouvrier a besoin de son maître, qui, en dehors du salaire même, lui fournit le plus souvent les instruments de son travail, les locaux où il pourra exercer son activité²; c'est ce maître qui par un emploi constant et régulier de cette activité lui fournit ses moyens d'existence³.

52. — Dépendance économique, l'expression ne paraissait pas encore suffisamment large ou caractéristique, et on s'est servi du terme dépendance

(1) CUCHE, Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail. Rev. crit., 1913, p. 412.

(2) Il ne s'agit point cependant d'envisager la subordination comme étant une dépendance physique, puisqu'on rejetterait ainsi du domaine du contrat de travail l'industrie à domicile et les services des commis voyageurs. D. 1906. 4. 116, note 9, n° 8.

(3) CAPITANT et CUCHE, Précis de législation industrielle, n° 140.

sociale, pour établir le critère entre le contrat de travail et le contrat d'entreprise⁴. Mais qu'est-ce que cette dépendance sociale dont on veut consacrer la valeur juridique ? elle risque fort en effet d'être un leurre dangereux si elle n'est pas précisée. Et nous croyons justement qu'elle n'est au fonds pas différente des notions de dépendance économique ou juridique, elle n'en est au contraire qu'une résultante; pourquoi dit-on un individu socialement dépendant, pourquoi le qualifier d'ouvrier et l'opposer ainsi à la classe des patrons ? sinon par ce qu'il a besoin pour sa subsistance du travail que lui fournit l'employeur, des instruments qu'il lui offre⁵, qu'il ne travaille pas à ses risques et périls⁶, ou parce qu'il obéit aux ordres de cet employeur, qu'il en est juridiquement le préposé : ce n'est que la synthèse de tous ces éléments de subordination que l'on présente sous le terme de dépendance sociale; et dans quel but ? Il est visible; dans celui de faire profiter l'individu qualifié de subordonné des lois de protection sociale spécialement destinées à protéger les travailleurs salariés liés par un contrat de travail, et notamment la loi du 9 avril 1898. Les solutions de certains arrêts

(4) SAVATIER, Note sous Cassat. crim., 13 janv. 1922. D. 1923. 1. 5; Cf. aussi note Poitiers, 5 déc. 1923. D. 1924. 2. 73; Mr. SAVATIER d'ailleurs a dû constater que si pendant un certain temps, la jurisprudence a tendu à donner à la responsabilité des commettants une interprétation surtout sociale, elle ne s'en tient plus désormais à cette orientation. Req. 1^{er} mai 1930, D. 1930. 1. 137. — Ceci d'ailleurs ne résoud la question que pour le lien de préposition et non pour le contrat de travail, la préposition étant une notion plus compréhensive.

(5) Poitiers, 9 juin 1913 et 12 juin 1918, D. 1920. 2. 41; Req. 9 nov. 1904. D. 1913. 5. 6.

(6) Req., 9 nov. 1904, précit.

également apparaissent comme nettement commandés par la volonté d'arriver au même résultat, les juges s'inspirant d'ailleurs, en ces hypothèses, d'un idéal de justice certaine⁷. Inutile pour cela d'invoquer l'existence d'un concept distinct tel que celui de dépendance sociale; ces dispositions prévues par la loi de 1898 ne sont qu'un des aspects du contrat intervenu entre les contractants, qu'une des obligations mêmes découlant du rapport de subordination juridique existant entre patron et ouvrier, tel qu'il se présente comme droit de commander, pouvoir de diriger d'une part, et obligation de se soumettre d'autre part; mais toute convention synallagmatique comporte des droits et des devoirs réciproques entre les parties, le droit ne s'y équilibre que par un devoir correspondant; si l'employeur a donc des droits, il a aussi des obligations. La situation de l'ouvrier n'est pas autre. A l'obligation de se soumettre, correspond pour lui le droit de profiter des lois organisant une protection qui contrebalance sa dépendance juridique et économique; c'est la contrepartie mise par la loi aux mains des ouvriers, rendue obligatoire dans les contrats de travail, obligation légale qu'il n'est pas permis d'écarter, mais qui constitue toutefois une prestation incorporée dans le contrat intervenu entre l'employeur et l'employé⁸.

(7) Req., 24 juin et Civ., 30 décembre 1908, D. 1911. 1. 35. Poitiers, 5 déc. 1923, D. 1924. 2. 73. -

(8) Ce n'est donc pas la conception de SAINTTELETTE et de SAUZET qui eux déduisaient de l'intention même des parties une obligation contractuelle de sécurité; ce n'est pas à la volonté tacite des parties qu'il faut recourir pour établir cette obligation; le législateur

Il peut être également permis de douter de la valeur d'influence qu'il faille accorder à la condition sociale des parties sur la nature de l'engagement intervenu⁹, et que ce soit-elle, plus que les caractères juridiques de la convention, qui doive servir de critérium de détermination; les catégories sociales ne sauraient en principe influencer sur la nature et les effets d'un contrat¹⁰. On doit cependant tenir compte de la personnalité des parties en présence, si les conventions qu'il s'agit de déterminer sont imprécises, si leur sens est incertain¹¹. Un arrêt de la cour de Limoges d'ailleurs du 28 décembre 1926 est venu confirmer cette opinion de façon formelle¹².

Enfin les arrêts de jurisprudence dans lesquels on a prétendu trouver la consécration d'une distinction des contrats de travail et d'entreprise, basée sur la dépendance sociale des parties, ne sont peut-être pas aussi formels que l'on veut le faire croire, car on trouve encore chez eux l'indication du titulaire du droit de surveillance sur la partie qualifiée de sala-

ordonne, il établit donc une obligation légale, mais qui n'est pas externe au contrat, bien au contraire, les parties ne s'y soumettant qu'en contractant. H. MAZEAUD, Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle, *Rev. Trim.* 1929, p. 633. « Sont fautes contractuelles celles qui résultent de la violation des clauses du contrat et en outre celles qui résultent de la violation de la loi qui donne au contrat tel ou tel effet. » DEMOGUE, *Rev. Trim.* 1923, p. 657.

(9) SAVATIER, Note sous Poitiers, 5 déc. 1923, *D.* 1924. 2. 73.

(10) COSTES, Note sous Cass. Civ., 24 avril 1925, *S.* 1928. 1. 65.

(11) Si notre code civil a posé en principe l'égalité de situation des contractants qui peuvent donc discuter avec la même indépendance, il apparaît nettement aujourd'hui que l'on doit, et avec justice, tenir compte des qualités mêmes des personnes qui entrent en rapports, de leur indépendance et de leur autorité, de leurs fonctions techniques. Cf. *infra* Sect. II, in fine.

(12) Limoges, 28 déc. 1926. *Gaz. Pal.* 1927. 1. 510.

riée en vertu d'un contrat de travail (Poitiers. 5 décembre 1923, l'entrepreneur de coupe pouvait contrôler et arrêter l'abatage)¹³, ou même, s'ils ne se prononcent pas sur la question de la subordination juridique, ils ne fournissent pas d'inspirations précises donnant une orientation nouvelle à la recherche de l'élément distinctif¹⁴. D'ailleurs, même en admettant qu'ils soient vraiment évocateurs d'un critérium nouveau, ils ont été nettement contredits par des décisions formelles¹⁵.

§ 2. — *Subordination technique.*

53. — Par ces termes, nous entendons envisager le lien qui naîtrait entre individus dont les uns exercent de façon constante une branche de l'industrie humaine, et pour l'exercice de laquelle ils se servent de personnes dont ils dirigent et orientent les travaux; l'employeur serait donc celui qui est en mesure, par le jeu de son activité normale, de diriger techniquement les travaux de ceux qui se trouvent placés sous ses ordres. Dès lors, on voit apparaître deux éléments déterminants au contrat de travail du fait de cette subordination technique qui lui serait nécessaire : que l'ouvrier soit engagé envers un individu qui a pour profession d'utiliser les services d'autrui dans un but donné, et que les ordres reçus

(13) Poitiers, 5 déc. 1923, D. 1924. 2. 73.

(14) En ce sens, Falcimaigne, note sous Cass. civ., 24 avril 1925, D. 1927. 1. 141; COSTES, Note ss. même arrêt, S. 1928. 1. 65.

(15) Cass. civ., 9 janv. 1928, D. H. 1928, 153. Cass. civ., 24 avril 1925, préc.; Paris, 17 déc. 1921, D. 1922. 2. 10.

par cet ouvrier puissent recevoir du fait de celui qui les donne un certain caractère de technicité. Notre critérium se rapprocherait fort de celui présenté par la Société d'Etudes législatives pour la distinction du contrat de travail et du contrat d'entreprise¹⁶ : il y aurait contrat de travail, au cas où l'employé travaillerait pour un employeur professionnel; il y aurait, au contraire, contrat d'entreprise si l'employé a fait ses offres de services au public.

54. — A cette théorie de distinction du public et du professionnel on peut opposer une objection : voici un contrat intervenu entre un industriel voulant faire installer l'électricité dans son usine et un spécialiste amenant avec lui d'autres ouvriers; qu'elle est la nature de la convention passée ? Il faudrait répondre qu'il y a là un contrat de travail, ce qui peut sembler choquant. Mais présenter la distinction entre le public et le professionnel comme caractéristique, c'est souligner spécialement l'influence déterminante de la continuité des rapports entre un ouvrier lié par un contrat de travail et son patron, et ainsi tombe l'objection qu'on pouvait opposer à cette théorie¹⁷.

Malheureusement une autre se présente aussitôt à l'esprit : il faut prendre le cas de l'homme de peines, du manœuvre : devra-t-on le qualifier d'ouvrier, s'il est employé chez un professionnel, ou d'entrepreneur, s'il est chez un particulier ? On se rend

(16) Bulletin de la société d'études législatives, 1905, p. 499 et suiv.

(17) D'EICHTALL, Revue politique et parlementaire. Les contrats de travail et leur appellation légale, 1908. 2. 521 et s.

bien compte que cette solution serait illogique et arbitraire.

Mais il est possible, semble-t-il, d'éviter une pareille solution en reprenant précisément ce que nous avait apporté la formule de la subordination technique proposée plus haut, et en s'arrêtant à l'idée de spécialité qu'elle engendre : en effet, à prendre le cas du manoeuvre, tel qu'il était envisagé dans l'hypothèse à résoudre, on constate précisément que la notion de subordination technique est ici particulièrement large, le manoeuvre n'est pas un travailleur spécialisé. Pourquoi alors distinguer, du point de vue de la direction technique, public et professionnel ? Tout particulier, quelqu'il soit, peut bien diriger effectivement les travaux d'un simple manoeuvre, il possède les connaissances suffisantes pour commander son travail qui n'est pas spécialisé.

55. — On ne saurait nier d'ailleurs une valeur réelle à l'idée de spécialité, qui donne au professionnel une autorité certaine sur le non professionnel, au moins une autorité morale¹⁸ et qui doit d'ailleurs entraîner pour lui des devoirs très stricts envers ceux qui ont eu recours à ses services¹⁹. La jurisprudence a même paru dans deux arrêts consacrer cette notion de rapports techniques entre les parties²⁰. Ces décisions avaient trait aux rapports

(18) DEMOGUE, *Professionisti e non professionisti nel diritto civile*. Rivista internazionale di filosofia del diritto, 1921, p. 5 et s.

(19) On a notamment insisté parfois sur cette notion de direction technique que doit avoir le commettant sur son préposé pour qu'il y ait lieu à application de l'article 1384. Note de M. BARTIN dans AUBRY et RAU, T. 6, 5^e édit. § 447, note 15 ter. Contra : PLAN. et RIP., *Traité pratique*. T. 6, p. 873.

(20) Dijon, 18 mars 1903. S. 1906. 2. 17; Trib. Seine, 24 mai

d'un médecin avec la direction d'un hôpital ou avec celle d'une clinique. Il faut en effet distinguer nettement le cas où le médecin fournit ses services directement à des particuliers, ses clients, et celui où il les fournit en vertu de relations contractuelles existant entre lui et une société ou un hôpital; c'est dans cette seconde hypothèse que devient intéressante la notion d'indépendance professionnelle. La jurisprudence est en fait très contradictoire sur la nature juridique des rapports existant entre un médecin et une société²¹, elle ne s'accorde même pas sur le principe, savoir s'il peut exister ou non entre eux un louage de services. C'est précisément pour la qualification du contrat intervenu que l'élément indépendance professionnelle et la notion de technicité présentent toute leur valeur; il y a bien un contrat de travail quant aux services normaux (heures de travail, renseignements à fournir à la société, fréquence des soins) que le médecin, comme tout individu d'ailleurs, doit à son employeur; la société est donc responsable des fautes commises par son médecin lorsque ces fautes ne concernent pas la technique médicale. Mais s'il s'agit de la valeur thérapeutique des soins donnés, la responsabilité de la

1921, S. 1924. 2. 57, note E.-H. PERREAU; Cass. civ., 15 mai 1928, D. 1929. 1. 53.

(21) Certains arrêts qualifient le médecin de locateur de services, d'autres non. Amiens, 3 février 1906. La loi 1906, p. 551, sur appel du trib. de Chauny, 31 août 1905; Pau, 30 juin 1913, D. 1915. 2. 49. Cass. civ., 3 mars 1926, D. 1927. 1. 93, note FALCI-MAIGNE; Paris, 30 mars 1926, D. 26. 2. 99. Envers un hôpital, jurisprudence également contradictoire. Dijon, 18 mars 1903. D. 1904. 2. 134; Bordeaux, 6 févr. 1900, D. 1900. 2. 470. Trib. Seine, 6 juil. 1906, D. 1906. 5. 71; 14 déc. 1920, D. 1921. 2. 27.

société, de l'hôpital est dégagée; la société ne peut répondre, pas plus que l'hôpital, des fautes du médecin touchant à la technique médicale, car celui-ci n'a pu soumettre à leur contrôle les soins qu'il avait à donner. Au contraire le médecin, et c'était le cas de celui engagé par un directeur de clinique, médecin lui-même, peut être employé par un technicien, dont il doit observer les ordres, même spécifiquement médicaux²². Envers celui-ci il peut être lié par un contrat de travail. Voici donc une profession où la notion de direction technique doit conserver toute son importance²³. Mais, prise comme élément de détermination du contrat de travail, cette notion est repoussée par la jurisprudence; pour qu'il y ait subordination, il n'est pas nécessaire que l'employeur soit en mesure de donner des ordres techniques, le seul fait de donner des ordres suffit²⁴. L'indépendance ou la subordination technique de l'individu lié par un contrat envers un employeur qui utilise habituellement ses services n'est donc pas un critérium qui puisse être retenu pour déterminer le contrat de travail et le contrat d'entreprise.

(22) Seine, 24 mai 1921, S. 1924. 2. 57. Médecin engagé dans une clinique dirigée par un particulier : Cass. civ., 15 mai 1928, D. 1929. 1. 53, note de NAST.

(23) Il ne suffit pas d'ailleurs d'avoir les connaissances suffisantes pour diriger un travail, il faut également lier cet élément à celui de rapport constant et normal entre les individus contractant pour qu'il y ait contrat de travail; on ne doit donc pas séparer l'idée de spécialité de celle d'emploi habituel d'ouvriers.

(24) Dijon, 20 juillet 1927. Dal. 1928. 2. 13, note BESSON. Gaz. Pal. 1927. 2. 873.

§ 3. — *Subordination juridique.*

56. — Par subordination juridique on entend envisager un état de dépendance réelle causé par un droit, le droit de l'employeur de commander, de donner des ordres, d'où naît l'obligation correspondante pour l'employé de se soumettre à ces ordres; voilà la raison pour laquelle on a appelé cette subordination juridique, pour l'opposer principalement à la subordination économique comme à la subordination technique qui comporte bien aussi une direction à donner aux travaux de l'employé, mais direction qui n'émanerait que d'un spécialiste. Il s'agit au contraire ici du droit tout à fait général de surveiller l'activité d'autrui, de l'interrompre ou de la susciter à volonté, de lui fixer des limites sans qu'il soit nécessaire de contrôler continuellement la valeur technique des travaux effectués. Direction et surveillance, tels sont donc les deux pôles de la subordination juridique.

57. — Les décisions des tribunaux sont très nombreuses à affirmer la valeur de cette solution²⁵, et on peut bien affirmer qu'elles présentent un caractère d'uniformité certaine. De là à vouloir affirmer que la jurisprudence est arrivée à préciser le concept de subordination juridique, il y a encore loin; on a

(25) Req., 9 nov. 1904, D. 1913. 5. 6.; Req., 24 juin et Civ., 30 déc. 1908, D. 1911. 1. 35; Req., 12 déc. 1910, D. 1911. 1. 254; Req., 4 janv. 1911, D. 1911. 5. 15; Req. 13 févr. 1912, D. 1913. 5. 6; Req. 19 févr. 1912, D. 1913. 5. 7; Paris, 17 déc. 1921, D. 1922. 2. 10; Cass. civ., 24 avril 1925, D. 1927. 1. 141, S. 1928. 1. 65; 19 janv. 1927, D. 1928. 1. 17, note SAVATIER; 9 janv. 1928, DH. 1928, 153; Cass. civ., 27 mai 1930, S. 1930. 1. 386.

en effet souvent objecté à notre critère qu'il était une notion bien fuyante et incertaine; mais il ne faudrait pas non plus qu'on l'ait coulé dans un moule rigide et soumis à l'intervention d'éléments déterminés, indivisibles dont l'absence en un cas donné aurait enlevé toute possibilité d'y découvrir une dépendance juridique. On a proposé trois caractéristiques pratiques, primordiales de l'entreprise²⁶, fourniture de main-d'œuvre, choix du personnel, rémunération à forfait; leur absence, au contraire, entraînerait la qualification de contrat de travail. Mais l'auteur de cette proposition remarque lui-même qu'il ne faut pas faire preuve ici d'une rigueur absolue, car il faudrait encore préalablement établir les hypothèses dans lesquelles l'existence ou l'absence de ces trois caractères paraîtrait indispensable; or on trouve des arrêts tranchant des cas où normalement ces éléments paraissaient nécessaires et où ils n'ont pas été jugés indivisibles²⁷. La notion de surveillance et de direction y est au contraire présentée comme autonome; ce qu'il faut évidemment constater, c'est sa souplesse, sa malléabilité qui permet au juge d'en faire un emploi très judicieux suivant les circonstances de la cause et il est incontestable que la surveillance peut être très réduite²⁸.

58. — En réalité d'ailleurs, il serait profondément inexact de vouloir séparer catégoriquement subordi-

(26) Note de COSTES, sous Cass. Civ., 24 avr. 1925, S. 1928. 1. 65. Cf. Bordeaux, 19 févr. 1901, S. 1904. 2. 145.

(27) Amiens, 20 mars 1900, S. 1902. 2. 45; Cass. 12 nov. 1924. DH. 1924, 715.

(28) Req., 8 janv. 1907, D. 1909. 1. 423.

nation juridique et subordination économique²⁹; dans la majorité des cas, l'une comme l'autre serviront à caractériser le contrat de travail, et la solution adoptée ne s'en écartera que moins de la réalité qu'elle doit essayer de saisir. Cette solution nous apparaît donc comme devant unir subordination juridique et subordination économique; le simple fait de donner des ordres n'est pas, selon nous, assez caractéristique du contrat de travail, car l'entrepreneur lui-même peut recevoir des ordres de celui qui le fait travailler. Le terme « surveillance » que les tribunaux emploient, implique plus que ce droit d'ordonner, il implique aussi une relation constante d'individu à individu, relation qui est précisément caractérisée par le fait que le travailleur est économiquement lié à son employeur, qu'il a engagé envers lui sa force de travail dans le but principal d'en retirer le salaire que cet employeur lui doit. On peut remarquer d'ailleurs, en certains cas, que plus le droit de donner des ordres devient moins absolu ou plus difficile à déceler, plus la subordination économique décroît également; ainsi le cas du bûcheron qui ne reçoit effectivement que des ordres très éloignés, qui est soumis à une surveillance qui peut paraître presque nulle, et qui d'autre part ne se trouve pas payé directement par son employeur, mais par la vente même de certains fruits de son travail³⁰.

59. — Il faut comprendre le terme employeur, entrepreneur, dans un sens non restrictif, mais au con-

(29) Note de BESSON, sous Dijon, 20 juil. 1927, D. 1928. 2. 13.

(30) Poitiers, 5 déc. 1923, D. 1924. 2. 73.

traire très étendu; cet individu essentiellement indépendant, agissant à ses risques et périls, est la véritable cheville de la production; voilà donc où conduit un examen de la jurisprudence en la matière. Et on comprend dès lors que l'on soit tenté de rapprocher de l'entreprise nombre de contrats intervenus entre des particuliers et des professionnels dont la caractéristique est précisément l'indépendance : telles les conventions passées avec l'architecte, le médecin, l'avocat. Cette indépendance notable jointe à la nature intellectuelle des services fournis, a quelquefois poussé à voir dans ces contrats des mandats³¹; on reconnaît aujourd'hui que le médecin et l'avocat, du moins lorsqu'il plaide devant les juridictions civiles, ne sont pas des mandataires³²; l'architecte lui ne l'est certes pas dans les deux premières phases de son activité (établissement des plans, direction des travaux)³³. Comme la jurisprudence a limité strictement le domaine du contrat de travail par la notion de subordination juridique, elle s'est enlevée toute faculté d'y faire rentrer les professions libérales. Aujourd'hui si on essayait de les grouper sous

(31) Pour le médecin, cf. dans le sens de mandataire : Lyon, 7 déc. 1909, D. 1913. 2. 73; PERREAU E.-H., *Eléments de jurisprudence médicale*, p. 199 et s. Après avoir rejeté ce contrat, cet auteur voit cependant dans la convention intervenue entre le patient et le médecin un mélange de louage de services et de mandat. POTHIER, *Du mandat*, n° 26.

(32) Pour le médecin, FALCIMAIGNE, note sous cass. civ., 3 mars 1926, D. 1927. 1. 93; pour l'avocat, GLASSON, note sous Agen, 4 mars 1889, D. 1890. 2. 281; Montpellier, 19 févr. 1924, DH. 1924, 380.

(33) CORBERAND, *Manuel juridique de la responsabilité des architectes et entrepreneurs*; Amiens, 15 octobre 1924, DH. 1924, 707; Paris, 16 nov. 1911, D. 1912. 5. 3. TASSIN, Conférence donnée à la société centrale des architectes le 26 mars 1926. — COLIN et CAPITANT, 2^e édit., II, p. 564 (au moins pour la première phase).

une catégorie déterminée quelconque, sans vouloir pour cela évidemment ne plus reconnaître les caractères spéciaux qui leur appartiennent, c'est bien la catégorie de l'entreprise qui apparaîtrait encore la plus largement ouverte à les recevoir³⁴; elle est déterminée en effet par rapport au contrat de travail par l'indépendance juridique du professionnel qui a contracté.

Ayant ainsi limité, caractérisé les contrats de travail et d'entreprise l'un par rapport à l'autre, on pourra savoir du moins que, si la subordination du mandataire n'est pas jugée indispensable au mandat, ce contrat n'en sera pas distingué pour cela de l'entreprise. En tout cas lorsqu'on se trouvera en présence de cas pratiques, pour lesquels on se verra obligé de repousser la qualification de contrats de mandats, et qu'on voudra cependant déterminer, il sera plus facile d'y réussir puisque les catégories du contrats de travail et du contrat d'entreprise sont dès maintenant délimitées.

(34) PLANIOL, *Traité élément.* T. II, p. 639, note 1. JOSSE-RAND, *Cours de droit civ.* T. II, p. 617.

SECTION II.

Subordination et mandat salarié.

60. — Serait-ce le caractère de subordination ou d'indépendance du mandataire vis-à-vis du mandant qui nous apporterait un moyen de détermination du mandat salarié ? Certains auteurs ont pensé en effet que l'on pouvait chercher en ce sens un critère entre le mandat et le contrat de travail, celui-ci caractérisé par la subordination, le mandat comportant au contraire un rapport d'indépendance du mandataire au mandant ³⁵.

Il est certain que les rapports de surveillance entre eux sont, dans la majorité des cas, très peu caractérisés. Cette solution n'est tout au moins pas discutable pour les mandats généraux ou ceux laissant une large part d'initiative au mandataire; on ne peut même alors parler de subordination juridique, puisque la majeure partie de l'autorité, entendue comme faculté de décider, de conclure, est réservée au mandataire lui-même. Il a reçu un pouvoir d'agir comportant le droit d'accomplir des actes juridiques; or la passation de ces actes suppose inévitablement une liberté d'action, de décision telle, qu'elle imprime

(35) COLIN et CAPITANT. T. II, p. 707. Paris 1921; DEMONTÈS, De la lésion dans les contrats entre majeurs, p. 139 et suiv.; JOSSE-RAND, Cours droit civ., II, p. 618.

au mandataire lui-même un caractère d'indépendance que n'impliquerait pas la seule réalisation d'actes matériels. Ces actes ne sont que le résultat d'une fonction technique³⁶; les actes juridiques sont la conséquence d'une délibération, d'une décision, d'une opération d'ordre intellectuel, d'où l'indépendance juridique du sujet qui agit.

Au cas où le mandat a été strictement délimité, où donc la faculté de décision du mandataire ne pourra s'exercer qu'entre des bornes très restreintes, l'autorité, l'influence du mandant se font davantage sentir. La subordination cependant n'est pas encore aussi caractérisée que dans le contrat de travail; cette notion implique le fait de la surveillance, le mandataire n'est pas surveillé. Pourquoi ? parce qu'il ne dépend pas économiquement du mandant. Mais ce rapport de dépendance économique, objectera-t-on, on pourra le trouver, au cas où un individu a accepté un mandat salarié qui l'oblige envers le mandant à des prestations de services réguliers dont il a fait sa profession même; ce sera par exemple le cas d'un commis voyageur dans l'hypothèse où il est mandataire³⁷, où les commandes qu'il passe engagent directement la maison dont il dépend;

(36) VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, IV, p. 390; BARASSI, *Mandato, deposito e contratto di lavoro*; *Rivista di diritto commerciale*, 1914, p. 101 et suiv.

(37) Cette hypothèse ne peut être qu'exceptionnelle, car le commis voyageur par opposition au représentant de commerce n'est pas d'ordinaire le mandant de la maison pour laquelle il travaille, il est son employé et, en cette qualité, lui est subordonné. DUTERQUE, *Essai sur la situation juridique des représentants de commerce*. Thèse, Caen, 1925, p. 42; Montpellier, 3 juil. 1885, D. 1886. 2. 58; Civ., 30 nov. 1927. DH. 1927, 317, S. 1927. 1. 219. Contrà pour un accident de route. Req., 30 déc. 1907, S. 1909. 1. 377.

s'il est soumis également aux ordres très stricts de sa maison, à sa subordination économique se joindra une subordination juridique réelle.

Mais la majorité des mandats salariés se présentent, au contraire, comme comportant une large indépendance du mandataire vis-à-vis de son mandant. L'avoué, par exemple, est le mandataire des clients qu'il a accepté de représenter en justice³⁸, son mandat est un contrat qui comporte de plein droit l'existence d'une rémunération³⁹, mais qui est cependant caractérisé par l'indépendance formelle qui existe entre ce professionnel et son client; mais, il est vrai, on peut invoquer en l'espèce la qualité de fonctionnaire public de l'avoué, qualité qui implique nécessairement l'indépendance du titulaire⁴⁰. L'indépendance cependant existe aussi bien dans le cas de l'architecte qui a reçu un mandat de vérifier les comptes fournis par l'entrepreneur de constructions, ou de l'agent d'affaires chargé par un particulier de la réalisation d'une vente d'un fonds de commerce, ou d'un immeuble⁴¹. Sont également indépendants le notaire qui a reçu mandat d'un client, ou le représentant de commerce qui travaille à la fois pour plusieurs maisons et qui a pouvoir de passer les con-

(38) Alger, 27 janv. 1892, D. 1892. 2. 304; Req., 2 mars 1926, DH. 1926, 253.

(39) DALLOZ, Répertoire pratique. GARSONNET, Traité de procédure civile. T. I, p. 389.

(40) Cf. pr. un huissier. Amiens, 8 déc. 1873, S., 1874 2. 41. SOURDAT, II, n° 896; PLANIOL et RIPERT, Traité pratique. T. 6. N° 648; Contra. DEMOGUE, n° 894 et 906.

(41) Dijon, 29 nov. 1927. Gaz. Pal. 1928. 2. 229; 10 mai 1928, Gaz. Pal. 1928. 2. 298.

trats directement.⁴² Le propre de l'activité professionnelle s'exerçant dans les cadres du mandat salarié est d'être normalement indépendante. Cette indépendance est parfois liée au fait que le mandataire est tenu à des prestations d'activité envers plusieurs compagnies à la fois, envers plusieurs individus; ainsi des agents d'assurances, comme des représentants de commerce. Le caractère d'indépendance de leur profession est essentiel quant à la reconnaissance de la commercialité de cette profession⁴³. Le mandataire n'est donc pas normalement un subordonné au sens où nous avons entendu ce terme pour caractériser la situation de l'ouvrier lié par un contrat de travail, c'est-à-dire surveillé juridiquement par l'employeur et dans un état de dépendance économique.

61. — Il faut avouer que la question est particulièrement importante, étant donné les conséquences pratiques qu'elle devrait entraîner, car elle concerne au premier chef l'application de l'article 1384 du code civil; cet article, en effet, établit la responsabilité du fait d'autrui : « On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre », et il indique dans ses alinéas 4, 5, 6, quelles sont ces personnes dont on doit répondre. Dans son alinéa 5, il emploie la formule suivante : « Les maîtres et

(42) DUTERQUE, *op. citat.*, p. 42; Paris, 6 mars 1929, *Gaz. Pal.* 1929. 1. 761.

(43) Caen, 5 juil. 1911, *Rec. per. Assur.* 1912, p. 84. Cf. Lyon, 20 janv. 1909, *Rec. per. assur.* 1909, p. 683. Trib. civ. Seine, 26 juil. 1887, *Rec. pér. assur.* 1888, p. 391; CRÉMIEU, *Rev. trim.* 1913, p. 253 et 257.

les commettants sont responsables du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés ». Or comment s'établit le rapport de commettant à préposé ? La cour de cassation elle-même répond que pour l'existence de ce rapport, il faut qu'il existe autorité et subordination. La notion de préposé, nécessaire pour qu'il y ait lieu à l'application de l'article 1384, est donc liée à la subordination de l'individu ainsi qualifié. —

62. — On pourrait croire, au premier abord, que le lien de préposition entre deux individus est toujours concordant au rapport établi par le contrat de travail, qu'il n'y a donc de préposé que celui qui est lié par un pareil contrat. Et, dès lors, cet article ne saurait aucunement être invoqué en ce qui concerne la responsabilité du mandant pour les faits de son mandataire.

Certes c'est là d'ailleurs la grande majorité des cas d'application de l'article 1384⁴⁴; mais, en fait, la jurisprudence a étendu les rapports de commettant à préposé au-delà et en dehors du contrat de travail. C'est ainsi qu'elle a réputé responsable, en vertu de l'article 1384, un individu qui n'était lié avec l'auteur du dommage que par un simple rapport de complaisance⁴⁵; aucun lien contractuel n'unissait ces deux personnes, et de plus la notion d'autorité, de surveillance semble avoir reçu, en cette hypothèse

(44) PLANIOL et RIPERT, *Traité prat.* T. VI, par ESMEIN, p. 869, note 1.

(45) Req. 1^{er} mai 1930, D. 1930. 1. 137, note SAVATIER. Aix, 15 mars 1929, Gaz. Pal. 1929. 1. 769.

une extension particulièrement frappante. Ce qu'il faut remarquer, en tout cas, c'est qu'en matière de rapports de complaisance, l'autorité doit se résumer en une faculté de donner des ordres, mais il ne peut s'agir nullement ici d'une dépendance d'ordre économique, alors qu'au contraire en cas de contrat de travail, surveillance et autorité impliquent une subordination à la fois juridique et économique. D'où il apparaît évident que la jurisprudence ne soit nullement tenue de fixer aux rapports de commettants et préposés les limites assez strictes des rapports établis par le contrat de travail. On comprend dès lors comment on a pu invoquer l'art. 1384 pour justifier la responsabilité du mandant en vertu des actes de son mandataire.

63. — Mais il faut préalablement distinguer la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, le mandant est responsable contractuellement des fautes de son mandataire, lorsque ces fautes ont été commises dans les limites du mandat conféré et qu'elles ont été la cause de l'inexécution ou tout au moins de la mauvaise exécution du contrat. Il n'est pas contesté que le mandant soit pleinement responsable des fautes contractuelles de son mandataire⁴⁶, mais il est, en ce cas, inutile et inexact d'invoquer une relation de subordination entre les contractants, un lien de préposition, art. 1384⁴⁷; la solution adop-

(46) Cassat. Req. 19 mars 1929, S. 1929, 1. 221. TISSIER, note ss. Cassat. civ. 15 juin 1898, S. 1899. 1. 209.

(47) L'art. 1384 peut être invoqué par analogie en matière de responsabilité contractuelle, si on admet que les deux responsabilités contractuelle et délictuelle ont le même fondement. Traité

tée s'explique tout naturellement en vertu du phénomène de la représentation⁴⁸, ou plus exactement en raison du pouvoir d'agir donné par le mandant à son mandataire⁴⁹. En vertu de ce pouvoir, tous les effets juridiques des actes passés par le mandataire se fixeront non pas dans le patrimoine de celui qui y a pris effectivement part, mais dans le patrimoine du mandant, directement ou indirectement. Cependant, si celui-ci doit jouir des avantages que comportent les conventions passées par son mandataire, il doit aussi supporter les inconvénients qu'elles entraînent⁵⁰, il doit en répondre tant pour l'actif que pour le passif, vis-à-vis des tiers; et précisément les fautes contractuelles du mandataire font partie de ces désavantages qui tiennent à l'exécution du mandat et dont le mandant est responsable, absolument comme il serait tenu de ses fautes personnelles. C'est à lui de subir vis-à-vis des tiers toutes les obligations engendrées par la mauvaise exécution du contrat, et les fautes contractuelles de son mandataire, en tant qu'il agit dans les limites du mandat, constituent des

prat. PLAN. et RIF. T. 6, n° 381. Présomption de faute sans le choix ou la surveillance.

(48) Ceci ne suppose pas qu'il y ait confusion entre le représenté et le représentant. Contra. Chironi. Colpe estracontrattuale I. N° 156 et s.

(49) Il importe peu que des actes du mandataire se réalisent directement dans le patrimoine du mandant, ou que ce dernier n'en bénéficie qu'après ratification de sa part; l'explication vaut autant pour le mandat représentatif que pour le mandat non représentatif; c'est pourquoi il est préférable de parler de pouvoir d'agir comme base de la responsabilité contractuelle du mandant que de représentation, ce qui pourrait induire en erreur quant au mandat non représentatif. Contra. DEMOGUE, III. 333; Chironi. colpa estracontrattuale, I, n° 195.

(50) Tout individu doit supporter les désavantages que peut entraîner l'extension de son activité. Cf. DEMOGUE, III, n° 337.

sources de semblables obligations. Si bien qu'en matière de responsabilité pour les fautes contractuelles du mandataire, celle-ci apparaît comme une responsabilité directe, le mandant étant responsable des actes de son mandataire comme s'il les avait effectués lui-même.

64. — Quant aux délits et aux quasi-délits commis par son mandataire, qu'ils aient été commis ou non dans les limites du pouvoir qui lui avait été accordé, le mandant en est responsable. La jurisprudence l'a admis en de nombreuses hypothèses⁵¹. Mais il y a lieu de se demander quelle justification il faut donner de cette responsabilité du mandant, quelle explication en est la plus exacte. On a proposé de fonder cette responsabilité du fait des délits du mandataire sur l'idée de représentation⁵², comme on a pu le faire en matière contractuelle. Mais on donne, en ce cas, une extension abusive au terme représentation, en l'étendant à tout acte fait au nom du représenté et dans son intérêt⁵³; la représentation, au sens strict du terme, ne doit s'entendre que du domaine contractuel, du cadre des obligations conventionnelles : le représentant a un pouvoir d'agir au nom du maître

(51) Req., 30 juil. 1895, D. 1896. 1. 133; S. 1896. 1. 288; Civ. 4 déc. 1899, D. 1900. 1. 14; Req., 2 févr. 1910, S. 1911. 1. 205. — Contra AUBRY et RAU, 5^e édit. T. VI, § 416, 4^e, se basant sur Civ. 25 juin 1889, S. 1891. 1. 123 et Req. 12 nov. 1907, D. 1908. 1. 87, S. 1910. 4. 498. Mais ces décisions ne concernent que des espèces où le mandataire a été directement mis en cause, et il doit répondre de ses délits sans pouvoir se retrancher derrière son mandant. Ceci ne préjuge en rien de la réponse que la cour de cassation aurait faite si on avait exercé le recours contre le mandant lui-même. Cf., PLANIOL et RIPERT. *Traité prat.* T. VI, p. 84, note 1.

(52) CHIRONI, *Colpa estracontrattuale*, T. I, n° 160 et s.

(53) CHIRONI, *loc. cit.*

tant qu'il s'agit de l'exécution et de la formation même des contrats qu'il a été chargé de passer; le maître a entendu jouir des droits qui en naîtront. Mais on ne concevrait pas que le représentant soit envisagé comme agissant en son nom lorsqu'il commet un délit que le représenté n'a pu prendre en considération⁵⁴, puisqu'il ne s'agit plus de l'exécution même du contrat. En prenant le terme représentation dans son sens le plus large, action dans l'intérêt d'autrui, on s'est servi de cette notion pour fonder non pas seulement la responsabilité du mandant pour les actes de son mandataire, mais aussi toute responsabilité de commettant à préposé⁵⁵; mais c'est à tort qu'on induit l'état de dépendance qu'exige cette relation dans la notion de représentation⁵⁶. Et, d'autre part, il est à remarquer qu'en cas de représentation légale du tuteur quant à la personne du mineur, celui-ci ne saurait être rendu responsable des délits ou des quasi-délits commis par son représentant⁵⁷.

65. — L'idée de représentation abandonnée comme justification de la responsabilité du mandant pour les

(54) La cour de cassation limite bien la représentation au domaine contractuel, car, dit-elle « si, en principe, le mandataire représente son mandant à l'égard des tiers, il n'en est plus de même en matière de délits ou quasi-délits. » Civ. 25 juin 1889, S. 1891. 1. 123.

(55) CHIRONI, *op. cit.* n° 161. Représenter, en ce sens, s'entendrait de tout acte autant matériel que juridique du moment qu'il est fait dans l'intérêt d'autrui. Cf. Représentation des intérêts d'autrui. PLAN. et RIPERT, *op. cit.* T. VI, p. 76, n° 60.

(56) DEMOGUE, V, n° 883.

(57) Civ. 27 mars 1888, S. 1888. 1. 136, — le mineur est seulement tenu dans la mesure de l'enrichissement que le délit du tuteur a pu lui procurer. Bastia, 23 janv. 1885, D. 1855. 2. 149; Montpellier, 16 juil. 1891 et Req., 21 mars 1893. D, 1893. 1. 433, note de PLANIOL; S. 1895. 1. 241, note WAHL.

délits et les quasi-délits de son mandataire, on a eu recours à l'article 1384, alinéa 5 du code civil, mais pour que ce recours soit justifié encore fallait-il qualifier le mandataire de préposé.

66. — On a songé à fonder l'application de l'article 1384, aliéna 5, sur l'idée de choix que le mandant a fait de son mandataire⁵⁸; si ce dernier a commis un dommage à l'égard des tiers, c'est que le mandant a réalisé un mauvais choix, qu'il a donc commis une faute en se servant d'un semblable préposé. Ce fut d'ailleurs cette idée qui inspira les rédacteurs du code civil⁵⁹, et qu'on rencontrait déjà chez leurs prédécesseurs⁶⁰. Cependant la majorité des arrêts invoquait, et de manière indivisible, les éléments d'autorité et de subordination comme devant nécessairement exister dans les rapports de commettant à préposé⁶¹. Pour que l'on puisse appliquer l'article 1384 aujourd'hui, la jurisprudence établit qu'il n'est pas nécessaire que le préposé ait été choisi par son commettant⁶²; et d'ailleurs, la présomption qu'établirait l'art. 1384, alinéa 5, d'une faute du mandant dans son choix, supposerait au moins que le maître de

(58) Cf. dans le sens de l'idée de choix. Civ. 4 décembre 1889, D. 1900. 1. 14; Req. 2 févr. 1910, S. 1911. 1. 205; LAURENT, T. XX, N° 570.

(59) FENET, Travaux préparatoires, T. XIII, sur l'article 1384. LOCRÉ, t. 6, p. 276, note 11.

(60) POTHIER, Traité des obligations, n° 121.

(61) Crim. 21 juil. 1898, D. 1899. 1. 125; S. 1900. 1. 56; Civ. 5 janv. 1891, S. 92. 1. 247; Crim. 30 octobre 1902, D. 1904. 5. 592; S. 1902. 1. 544.

(62) Cass. ch. crim. 4 janv. 1866. D. 1867. 1. 84; Crim. 13 mars 1923. 1. 137, note APPLETON; S. 1923. 1. 385, note ROUX; la première de ces deux notes dans le sens d'absence de choix. Le plus souvent d'ailleurs, quand le choix est invoqué, il coexiste avec le fait de dépendance du préposé. Crim. 1^{er} déc. 1916, D. 1917. 1. 119; Req. 7 avril 1924, DH. 1924, 373.

l'affaire puisse se dégager de sa responsabilité en prouvant qu'il n'a commis, en ce faisant, aucune faute ni imprudence ⁶³.

67. — Un arrêt de la cour de Paris est venu donner à la notion de préposé un caractère tellement large qu'il semble désormais très juste d'y faire rentrer la catégorie des mandataires ⁶⁴. « La responsabilité du commettant, au sens de l'article 1384, alinéa 5 du code civil, ne dérive pas nécessairement du choix qu'il a fait de son préposé, qu'elle procède surtout d'un rapport de subordination consistant dans le droit du commettant de faire acte d'autorité en donnant lui-même à celui-ci des ordres et des instructions sur la manière de remplir, à titre temporaire ou permanent, avec ou sans rémunération, même en l'absence de tout louage de services, l'emploi qui lui est confié pour un temps et un objet déterminés, quelle que soit d'ailleurs la condition sociale des parties ».

Formule très large qui prouve nettement l'extension que les tribunaux entendent donner à l'article 1384, alinéa 5. Certains arrêts de la cour de cassation elle-même l'impliquaient déjà, en parlant « d'ordres et instructions sur la manière de remplir les fonctions auxquelles il (le préposé) est employé », ⁶⁵ et en reconnaissant l'existence de la préposition au cas de

(63) Contre l'idée de choix. PLANIOL. *Etudes sur la responsabilité civile*. Rev. crit. 1909, p. 294; JOSSERAND. *Crs Dnt civ.* T. II. n° 510.

(64) Paris, 14 mars 1930. D. 1930. 2. 115, note de A. BESSON.

(65) Civ. 8 mars 1922, Gaz. Pal. 1922. 1. 655.

services rendus gratuitement ⁶⁶, ou à titre occasionnel ⁶⁷.

Le lien de préposition est donc révélé par un élément principal : le droit du commettant de donner des ordres et des instructions, auquel évidemment doit correspondre le devoir du préposé de s'y soumettre. Mais on ne peut nier que ce droit n'appartienne au mandant qui, quelle que soit d'ailleurs la liberté d'action, de décision, dont jouisse le mandataire, peut toujours orienter à volonté l'activité de ce dernier, lui ordonner d'accomplir tels ou tels actes qu'il désire voir se réaliser, de passer tels contrats qu'il juge utiles ⁶⁸. Ainsi, en droit commercial, le commissionnaire dans la majorité des cas, reçoit des ordres précis de son commettant relatifs aux prix des marchandises à acheter, aux conditions de livraison, auxquels il est tenu de se conformer ⁶⁹. On ne voit pas pourquoi l'on ne qualifierait pas dès lors le mandataire de préposé, et d'ailleurs certains arrêts lui ont reconnu ce caractère ⁷⁰.

Cette autorité du commettant peut s'exercer dans des conditions particulièrement larges, à titre temporaire ou permanent, et sans qu'il soit nécessaire de

(66) Crim. 11 juil. 1913, D. 1918. 1. 62; Crim. 14 déc. 1928, DH. 1929, 37, Gaz. Pal. 1929. 1. 769 (en sous note).

(67) Req. 24 oct. 1913, D. 1918. 1. 63; Req. 4 mars 1929, S. 1929. 1. 207.

(68) A noter que cette solution est encore tout à fait indépendante de la question de recevabilité ou d'irrévocabilité du mandat; un mandataire irrévocable peut-être très bien un préposé. Contra. DEMOGUE. V, n° 896.

(69) LYON-CAEN et RENAULT, Manuel de droit commerc. 14^e édit., p. 466, n° 477.

(70) Orléans, 11 déc. 1855, S. 1855. 2. 661, D. 1857. 2. 30; Trib. St. Séver, 14 juin 1900; Gaz. Pal. 1900. 2. 486.

prouver l'existence d'un louage de services, c'est dire assez bien que la subordination requise pour qu'existe un lien de préposition entre mandant et mandataire ne peut, en aucune façon, être identifiée avec celle qui serait nécessaire pour déterminer l'existence d'un contrat de travail ⁷¹.

68. — Ce droit de « donner des ordres et des instructions », prend toute sa valeur comme indice du véritable fondement de la responsabilité du commettant; celui-ci est responsable des actes de son préposé parce qu'il l'a commis à l'exercice d'une fonction; par son intermédiaire il a étendu son activité ⁷². Le mandant en tant que commettant de son mandataire, est également responsable, vis-à-vis des tiers, en vertu d'une obligation de garantie; cette garantie vise précisément l'activité du mandataire dont le maître est l'initiateur, et ce mandant est garant de la sécurité des relations qui s'établiront entre les tiers et son préposé ⁷³; il doit donc répondre de toutes fautes de celui-ci qui viennent précisément troubler cette sécurité. Mais pour que l'article 1384 alinéa 5 soit applicable, il faut que le préposé ait agi en vertu de ses fonctions ⁷⁴. Le mandataire doit donc avoir commis ces dommages dans l'exercice de son mandat, soit dans la limite de ces pouvoirs, soit même au delà de ces limites ⁷⁵, du moment qu'il a agi en vertu même de ses

(71) Mais le mandataire reste aussi personnellement responsable de ses délits, *Cas. Civ.* 19 févr. 1890, S. 1890. 1. 319; *Pau* 30 juin 1913, S. 1913. 2. 254. *GUILLOUARD*, Mandat, n° 210.

(72) Cf. *DEMOGUE*, III, n° 337.

(73) *GOUNOT*. Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Thèse Dijon 1912, p. 137 et s.

(74) *PLANIOL*, Traité élément., p. 321, n° 911 bis.

(75) *Req.* 2 févr. 1910, S. 1911. 1. 205.

fonctions, qu'il s'est présenté comme le préposé du mandant. La jurisprudence, en effet se révèle sur ce point, comme particulièrement large ⁷⁶. Pour que la responsabilité du maître de l'affaire soit engagée, il faut que le préposé ait commis une faute ⁷⁷, qu'elle soit prouvée ou encore présumée. La garantie que doit apporter le mandant sur laquelle nous fondons l'exercice de l'article 1384, alinéa 5, est donc une garantie des fautes, et non une garantie du risque ⁷⁸.

69. — Pour que le lien de préposition existe, il faut d'ailleurs que ce droit de donner des ordres et des instructions soit réel, et que le mandataire soit tenu de s'y soumettre strictement. Le domaine de l'activité professionnelle nous présente précisément des cas de mandats où le mandataire ne peut être qualifié de préposé, et dont les actes délictueux ne sauraient engager leur mandant, à moins évidemment que celui-ci n'ait lui même participé au délit ou au quasi-délit; les ordres et instructions en effet doivent concerner la manière dont le mandataire doit accomplir les actes qu'il s'est chargé de réaliser ⁷⁹. Mais c'est une condition qui sera peu fréquemment remplie lorsqu'il s'agira de ces professions où l'indépendance dans l'action est absolument caractéristique. Tel sera le cas de l'officier ministériel, qui agit en vertu d'un mandat

(76) Crim. 23 nov. 1928, DH. 1929, 21.

(77) COLIN et CAPITANT, II, p. 384; Seine, 16 mars 1899, Rev. Gaz. Trib. 1899, 1^{er} sem. 2. 363; Nancy, 15 mars 1895, Gaz. Trib. 13 avril 1895.

(78) Contra, dans le sens de responsabilité en vertu du risque, DEMOGUE, V, n° 882; JOSSERAND, Cours de droit civ. II, N° 513; DALLANT, La notion de préposé dans l'article 1384 du code civil. Thèse. Poitiers 1927; PLANIOL, Rev. crit. 1909, p. 297 et s.

(79) Civ. 8 mars 1922. Gaz. Pal. 1922. 1. 655.

de son client, et dont l'autorité est fondée sur le caractère de fonction publique qui est attribuée à sa charge ⁸⁰, l'avoué, l'huissier mandataires et commettant un délit, n'engageront pas leurs clients en vertu de l'article 1384, alinéa 5 du code civil, mais ils seront responsables personnellement ⁸¹. Il en serait aussi de même pour les autres individus occupant des professions libérales, avocat, architecte, s'ils ont reçu un mandat. La même solution s'impose d'ailleurs au-delà même du simple domaine du mandat, au cas par exemple des services fournis par un médecin au nom d'une société ⁸². Il apparaît ainsi qu'aujourd'hui il ne suffit plus de constater la nature juridique du contrat passé pour en déduire logiquement telle ou telle conséquence, mais il faut aussi prendre en considération les qualités des contractants; au lieu de les envisager abstraction faite de leur milieu, on tend de plus en plus à tenir également compte du groupement auquel ils appartiennent, groupement économique, ou groupement technique. Si la jurisprudence continuait à s'affirmer en ce sens, on en arriverait à une véritable élaboration des divers statuts professionnels, comportant l'application de règles identiques pour les différents sujets qui en feraient partie. On tiendrait compte alors du caractère professionnel des contractants, de leur indépendance, et de la technicité des services fournis.

(80) PLANIOL et RIPERT. *Traité prat.* T. 6, p. 874. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*. T. V, N° 328, p. 467.

(81) Amiens, 8 déc. 1873, S. 1874. 2. 41.

(82) Le médecin doit se réserver à lui seul la direction technique de son cabinet; la société ne pourrait donc répondre des fautes purement médicales du médecin. Paris, 30 mars 1926, D. 1926 2. 99.

Ces éléments ont une influence indéniable lorsqu'il s'agit de savoir s'il existe ou non un lien de préposition entre le client et son mandataire; le client ne pourra donc pas être présumé responsable des actes du professionnel dont il a employé les services⁸³, à moins évidemment qu'il ne l'ait pris en fait sous son autorité⁸⁴, et seulement dans les hypothèses où une pareille subordination est possible. Par contre, entre professionnels, on admettra normalement le droit de surveillance. Il faut donc éviter dans l'application de l'article 1384, alinéa 5, aux rapports de mandant à mandataire de fournir une solution rigide; aussi bien d'ailleurs ce lien de préposition n'est pas lié à tel ou tel contrat déterminé de façon catégorique et dont il doit nécessairement dériver en tous les cas⁸⁵; c'est une notion bien plus compréhensive, et qui tient à la faculté générale du commettant de donner des ordres et des instructions avec l'obligation du préposé de s'y conformer.

*

* *

70. — Nous sommes donc en mesure d'établir que le caractère de subordination professionnelle, s'il nous a fourni l'élément nécessaire pour distinguer le contrat de travail du contrat d'entreprise, ne s'est

(83) GIORGI, op. citat. p. 468; Aix, 21 janv. 1888. Gaz. Pal. 1888. 2. 75; en l'espèce responsabilité admise, car il ne s'agissait pas d'ordres techniques à donner.

(84) WILLEMS, Revue génér. de drt. 1896, p. 21; DEMOGUE, Professionisti e non professionisti, Rivista di filosofia del diritto, 1921, p. 5 et suivantes.

(85) JOSSEMAND. Crs drt. civ. II, N° 508.

cependant pas présenté comme absolument déterminant en ce qui concerne le contrat de mandat. Le mandataire, au contraire, est caractérisé par une notable indépendance économique et même juridique, et, dans le domaine de l'activité professionnelle, cette indépendance devient, dans la majorité des cas, particulièrement sensible. En présence cependant d'une convention dont il s'agit de préciser la nature, la subordination pourra, en règle générale, servir d'élément de distinction entre le mandat salarié et le contrat de travail, mais à cet élément lui-même nous découvrirons une raison plus profonde, qui est le pouvoir d'agir accordé au mandataire. Quant à la distinction d'avec le contrat d'entreprise, la question reste entière, puisque l'indépendance est également caractéristique de ce dernier contrat.

CHAPITRE IV.

LA REPRESENTATION DANS L'ACTIVITE PROFESSIONNELLE

71. — Une personne peut être qualifiée de représentant lorsque, en vertu du pouvoir d'agir qu'elle a reçu du représenté, les actes juridiques qu'elle accomplit vont se réaliser directement dans le patrimoine de ce dernier. Tel se présente le phénomène représentatif, lorsque le terme représentation est pris dans son sens le plus strict et en même temps le plus exact. Ce phénomène est précisément un élément caractéristique d'un bon nombre d'activités complexes d'ordre professionnel dont la détermination contractuelle est souvent fort délicate. Parfois la représentation est de l'essence même de ces professions; ainsi le cas de l'avoué en tant qu'il agit comme officier ministériel, et qui a pour mission de représenter les parties en justice devant les juridictions civiles¹, mission pour laquelle il jouit d'un monopole. Tels encore les syndics de faillite, dont on peut dire qu'ils sont chargés d'un ministère de

(1) GARSONNET, *Traité de procédure*, T. I, p. 289; Req. 1^{er} mai 1861, D. 1861. 1. 213.

service public²; le syndic agit tantôt comme représentant du failli, s'il exerce les droits de ce dernier dans l'intérêt de la masse des créanciers, tantôt comme représentant de cette masse elle-même, s'il exerce les droits qui lui appartiennent³. Plus souvent cependant la représentation sera un élément accessoire ou accidentel de la profession, soit que l'activité professionnelle envisagée puisse être fournie sans qu'existe nullement le phénomène représentatif, soit que le professionnel ne représente son client que pour une part déterminée de son activité. L'agent d'affaires, par exemple sert tantôt de simple intermédiaire entre les parties sans qu'il ait reçu pouvoir de l'une ou l'autre de traiter en son nom, tantôt au contraire de véritable représentant, s'il est chargé par un de ses clients de se mettre en relations avec les tiers et de réaliser directement l'opération juridique que ce client désire voir s'accomplir⁴.

Le représentant de commerce n'est pas toujours chargé, quoiqu'en fasse accroire son titre, de passer les contrats au nom de sa maison et de l'engager immédiatement; il se contente d'un simple rôle de réception des commandes qu'il transmet, à fin de

(2) LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, T. 7, N° 437 et s. Paris 1914.

(3) Jugé que les syndics étaient des mandataires salariés. Cass. Civ. 4 mars 1889, S. 1890. 1. 75; Cons. d'Etat, 13 nov. 1908. *Journal des faillites*, 1909, p. 509.

(4) Dijon, 10 mai 1928, *Gaz. Pal.* 1928. 2. 298. La jurisprudence a cependant tendance à généraliser et elle qualifie souvent de mandats les contrats intervenus, alors même qu'il s'agit d'une simple agence de renseignements. *Comm. Seine*, 15 juil. 1890. *Gaz. Pal.* 1890. 2. 640; R. LORRIOT, *Des agences de renseignements commerciaux*, thèse Paris, 1907. Pour la raison de cette extension, Cf. *supra* *Introduit.* n° 2, I. Réduction des salaires des agents d'affaires.

conclusion des affaires recueillies, à son commettant⁵. Parfois encore le professionnel fournit des services d'ordre très divers, et ce n'est que lors de l'une des phases de son activité multiple qu'il représente ses clients : l'architecte, par exemple, ne représente pas les parties qui l'ont chargé des plans et de la surveillance des travaux d'un bâtiment⁶, mais seulement lors de la vérification et du règlement des mémoires fournis par l'entrepreneur, et cela encore uniquement au cas où il en a réellement le pouvoir⁷.

72. — Cet élément qui apparaît donc comme capital dans certaines professions, qui est à la base de nombreux contrats de prestation de services, pourrions-nous le compter comme déterminant du mandat salarié ? si bien que, lorsqu'on le rencontrera dans les relations existantes entre deux individus, on pourra connaître dans quelle catégorie ranger le contrat intervenu, et le séparer ainsi du contrat de travail et de celui d'entreprise.

Mais avant d'entreprendre cette recherche, il apparaît nécessaire de fixer exactement ce qu'est la représentation, comment elle se décompose, de quelle manière son existence se révèle entre les contractants. Sinon, les recherches postérieures ne sauraient nous donner que peu de sécurité, car l'on sait déjà

(5) FREY, *Annales de droit commercial*, 1889. T. III, p. 197; Caen, 12 janv. 1887, *Le Droit*, 27 janv. 1887; Gand, 15 févr. 1908, *Pasicrisie*, 1908. 2. 339.

(6) Paris, 16 nov. 1911, D. 1912. 5. 3; TASSIN, *Conférence à la société des architectes*, le 26 mars 1926.

(7) Marseille, 23 févr. 1922, Trib. Seine, 21 mars 1923, 24 juil. et 16 décembre 1924, D. 1926. 2. 57, note de MINVIELLE. Mais bien des arrêts se contentent de qualifier l'architecte de mandataire sans justifier qu'il ait reçu le pouvoir nécessaire : Lille, 12 juin 1928, DH. 1928; 553.

que ce terme représentation a été pris dans des sens très divers⁸ qu'on l'emploie même alors dans des hypothèses où les effets juridiques des contrats passés ne se réalisent plus directement dans le patrimoine du représenté.

(8) CHIRONI, *op. cit.*, I, n° 161.

SECTION I.

La notion de représentation.

73. — Le code civil ne présente pas de théorie générale de la représentation et la doctrine, en majorité, adoptant la solution du code, ne contient pas davantage d'exposé distinct de ce phénomène juridique⁹. On étudie les effets de la représentation lorsqu'on en vient à parler du mandat, qui, en vertu de l'article 1984 du code civil, est caractérisé par « le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ». Ce phénomène juridique est né principalement des nécessités de la vie pratique, de l'obligation pour les individus, empêchés d'agir eux-mêmes, en cas d'absence ou pour toute autre cause, de trouver un auxiliaire qui contracte en leur nom, sans qu'ils soient eux-mêmes engagés. Etant issue essentiellement des besoins de la pratique, la représentation constitue avant tout une notion extrêmement souple, allant des formes très variées de la représentation conventionnelle à celles de la représentation légale et judiciaire. Un point leur est commun, c'est le but même de leur existence : que l'effet

(9) Cf. sur ce point les traités de AUBRY et RAU, PLANIOL, *Traité élément.*, JOSSERAND, *Cours de droit civil*; mais au contraire ont fait place à une partie générale traitant de la représentation, le traité de droit civil de COLIN et CAPITANT. T. I, p. 88 et s. le traité pratique de PLANIOL et RIPERT. T. 6, p. 70, § 2.

juridique des actes effectués soit réservé exclusivement au patrimoine du représenté; c'est en se basant sur ce caractère fondamental qu'on a pu dire que la représentation s'offrait comme une modalité des actes juridiques¹⁰. Mais la question apparaît comme plus complexe lorsqu'il s'agit de déterminer l'origine du rapport de représentation, celui-ci étant le « lien direct qui se forme entre le représenté et le tiers »¹¹. Quant aux rapports internes entre le représenté et le représentant, on passe d'une collaboration étroite des volontés, en certains cas de représentation conventionnelle, à une absence totale de volonté du représenté, en cas de représentation légale¹². On aurait parfois voulu disséquer de manière trop uniforme ce phénomène juridique, en arriver à une conception générale rigide, fruit d'une technique trop exclusivement orientée vers la construction d'une théorie logiquement simple en même temps que commune à toutes les formes de la représentation;

(10) LÉVY-ULLMANN, Contribution essentielle du droit anglais à la théorie générale des obligations dans les actes juridiques, p. 342. « Le système du droit contemporain fait apparaître la représentation comme une modalité de l'acte juridique, c'est-à-dire comme l'un des éléments accidentels dont le *negotium* peut se trouver affecté par la loi positive ou par la volonté des parties ». La représentation serait donc « un *modus* » comme le terme et la condition; en tout cas, si celles-ci sont des modalités dans le temps, il faut préciser que la représentation, elle, serait une modalité dans l'espace, et cet espace étant le milieu juridique où agit le représentant qui étend ainsi les moyens d'action du représenté. Cependant le terme modalité ne figure que le résultat obtenu, car la représentation, à la différence d'une modalité, est l'effet direct d'un rapport de droit spécial entre le représentant et le représenté, le premier obtenant du second un pouvoir déterminé.

(11) PILON, Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations. Thèse Caen 1897, p. 12.

(12) DEMOGUE, I, p. 242.

on se heurtera toujours là à des difficultés irréductibles.

74. — Il est certain que le problème de la représentation est venu contrarier des principes parfois jugés absolus et inattaquables et qui, en tout cas, n'avaient été que peu souvent opposés de manière si forte à une réalité nécessaire; tel le principe de la personnalité des obligations et celui des liens fondamentaux entre la personne et son patrimoine. Or, en vertu de la représentation, une personne allait se trouver liée envers une autre sans qu'elle ait même connu parfois l'acte qui devait engendrer ce lien de droit; comment dire que ce rapport obligatoire existât entre les personnes du représenté et du tiers contractant ? fallait-il donc pour expliquer la représentation adopter une révision complète des notions consacrées par notre droit et qui nous venaient du droit romain lui-même ? Admettre d'ailleurs que la représentation ait dû être reconnue d'emblée, et de la manière la plus générale, par notre droit français, ce serait à coup sûr méconnaître profondément la base individualiste de notre code civil et il se comprend bien que plus un système de droit positif est orienté vers cette tendance fortement individualiste, plus il sera difficilement acceptable d'y adopter une conception très large en même temps que générale de la représentation. L'application d'une pareille notion, qui se révèle tous les jours de plus en plus nécessaire, tend, au contraire, à lier constamment les activités juridiques des individus, à les rendre coordonnées, bref à créer un stade juridique où l'individua-

lisme se voit de plus en plus remplacé par la notion de solidarité, les contacts nécessaires des individus. La puissance juridique ne dépend plus uniquement de l'unité, mais aussi de l'ensemble.

En entreprenant un examen de la notion de représentation, notre but est d'arriver à la préciser, à distinguer la véritable représentation des autres formes de collaboration directe et indirecte aux affaires d'autrui; ce n'est pas tant sur le lien créé entre le représenté et le tiers qu'il faudra insister, que sur l'origine même du droit qu'a le représentant d'agir au nom du représenté¹³, sur les rapports internes qui unissent ces deux individus, et aussi la part de leur volonté dans cette institution juridique; notre recherche atteindra principalement la représentation conventionnelle. Au reste d'ailleurs, c'est d'un rapport conventionnel entre les parties que nous pourrions attendre l'élément déterminant du mandat.

Pour que l'on puisse déceler exactement l'existence de la représentation dans les différentes hypothèses, où l'on doit la rechercher, il est avant tout nécessaire de savoir par quels procédés, et sur quelle base est établie la naissance d'un pareil rapport, sa nature juridique.

(13) Certains auteurs ont qualifié ce rapport original de « procura », « faculté de représenter constituée par la déclaration de volonté du représenté ». A. NATTINI, *La dottrina generale della procura. La rappresentanza*, 1910, Milano, p. 4; Cf. MITTEIS, *Die lehre von der Stellvertretung*, Wien. 1885, p. 182; BRINZ, *Pandekt*, 2^e édit. IV, p. 374. Mais ce n'est plus alors le sens technique et spécial que lui réserve le code allemand, faculté de représenter illimitée à l'égard des tiers et ayant trait à l'exercice d'une affaire commerciale.

§ I. — *Fondement de la représentation.*

L'analyse des volontés qui concourent à la réalisation de la représentation a donné lieu en Allemagne à une littérature juridique fort abondante¹⁴; en saisissant les volontés du représentant et du représenté¹⁵, en les combinant, on pouvait concevoir trois théories, l'une se fondant sur la volonté du représenté, l'autre sur celle du représentant, la troisième enfin représentant une coopération de ces deux volontés. Chacune a prétendu donner exclusivement la clef indispensable du problème qui leur était posé.

75. — THÉORIE DE LA FICTION. VOLONTÉ DU REPRÉSENTÉ. — Il existait un moyen de concilier les principes traditionnels de la personnalité de l'obligation, du lien exclusif du sujet et de son patrimoine, et la réalité nécessaire que constituait la représentation, c'était l'invocation d'une fiction¹⁶; la déclaration du représentant ne fait que manifester la volonté même du représenté, le représenté est censé¹⁷ contracter

(14) Notamment BUCHKA, Die lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen; LABAND, Die Stellvertretung, dans Zeitschrift für des gesammte Handelsrecht; MITTEIS, Die lehre von der Stellvertretung. RUHSTRAT, Zur lehre von der Stellvertretung; WINDSCHEID, Lehrbuch der Pandek, § 73.

(15) Nous faisons bien remarquer que la représentation met en jeu, avec les volontés de représenté et du représentant, celle du tiers qui sait contracter avec le maître de l'affaire, qui a la contemplatio domini.

(16) Lorsqu'il s'agit de représentation successorale, c'est la loi elle-même qui emploie ce terme, article 739 : « La représentation est une fiction de la loi. »

(17) Cf. l'article 883 du code civil : « Chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot » où est exprimée la fiction que le cohéritier tient tout son lot directement du défunt. QUEIREL, Du caractère fictif de l'article 883 du code civil. Thèse, Lyon 1923.

personnellement, le représentant n'étant plus dès lors qu'une projection de la personnalité même de celui qu'il remplace. Le terme de représentation prend alors le sens de rendre présent, de faire participer à l'acte que l'on réalise. C'est la théorie traditionnelle française, qui est encore soutenue aujourd'hui par certains auteurs¹⁸.

La raison principale du maintien d'une pareille explication de la représentation tient à ce que l'obligation, en droit français, suppose l'intervention de la volonté du dominus, sous peine « d'ébranler la notion d'individualité¹⁹ qui la caractérise. Ce procédé n'est toutefois qu'un procédé de constatation du phénomène existant, mais on ne peut s'en servir pour entreprendre de creuser la réalité que l'on se contente d'enregistrer; certes on ne peut nier qu'elle constitue un procédé de recherches²⁰, et on a comparé son rôle à celui de l'hypothèse dans les autres sciences²¹. Elle a pour but de remédier à l'infirmité de notre esprit, en vue de la formation de concepts nouveaux, pleinement adéquats aux réalités à re-

(18) POTHIER, *De mandat*, N° 87; LAURENT, T. 28, N° 50; TROPLONG, *Du mandat*, N° 516; GUILLOUARD, *Du mandat*, N° 190; LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Du prête-nom*, Thèse Caen 1898, p. 164; GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, T. III, p. 402.

(19) GÉNY, *loc. citat.*

(20) « Le but de la fiction, dit JHERING, consiste à applanir les difficultés qui sont inhérentes à l'adoption et à l'application de nouvelles règles de droit plus ou moins incisives. Elle laisse la doctrine traditionnelle intacte dans son ancienne forme, sans cependant diminuer en quoi que ce soit, en pratique, la pleine efficacité de la règle nouvelle. La fiction tourne les difficultés au lieu de les résoudre. Elle n'est, en cela, que la solution scientifiquement imparfaite d'un problème, et mérite d'être nommée un mensonge technique consacré par la nécessité ». JHERING, *L'esprit du droit Romain*, trad. MEULENAER, T. IV, p. 296.

(21) MESTRE, *Les personnes morales*, p. 158 et suiv.

présenter²² ». Mais elle n'est pas acceptable comme résultat en soi, elle n'a même de valeur que par la réalité, dont elle est l'image²³. Elle ne peut donc empêcher de pénétrer plus avant dans la sphère du concret, d'exercer toutes les facultés d'analyse.

76. — La réalité, en l'espèce, est particulièrement difficile à saisir, en même temps que les rapports représentatifs apparaissent de plus en plus nombreux entre les hommes. M. Hauriou a particulièrement indiqué la valeur réaliste de la représentation juridique, qui n'est d'ailleurs qu'un aspect des liens de solidarité existant entre les individus dont la personnalité présente des « similitudes représentatives » frappantes²⁴. Ce procédé n'est que « la traduction d'un fait social parfaitement réel »²⁵. Cependant le fondement qu'il propose à ce phénomène représentatif reste difficilement acceptable : « la fusion des volontés réalisée par le pouvoir »²⁶ qui consiste essentiellement dans la « domination d'une volonté sur d'autres volontés ». Le pouvoir n'est pas une source de fusion des volontés, mais de coordination. Nous n'acceptons pas le sens que M. Hauriou veut lui donner : domination d'une volonté sur l'autre, se réa-

(22) GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*. T. III, p. 398.

(23) C'est donc ici un procédé inverse de celui qui existe parfois. SALEILLES, *La personnalité juridique*, p. 106. « Ce qui était fiction au début devient réalité ». Cf. DEMOGUE, *Notions fondamentales du droit privé*, p. 238.

(24) HAURIOU, *Leçons sur le mouvement social*, p. 851 et 2^e appendice, p. 150 et suiv.; LECOCQ, *La fiction comme procédé juridique*. Thèse Paris 1914 et s.

(25) HAURIOU, *De la personnalité comme élément de la réalité sociale*. *Revue générale de droit*, 1898, p. 16.

(26) HAURIOU, *loc. cit.*

lisant, au cas de volontés individuelles, par un sacrifice en matière d'acte de volition. Le pouvoir, dans la représentation, n'est pas une puissance exercée sur une volonté, mais une puissance accordée à l'individu représentant, dans un but d'utilité juridique.

77. — *Critique du système fondé sur la volonté du représenté.* — La doctrine qui présente la représentation comme la conséquence d'une fiction aboutit aux mêmes résultats que la théorie de Savigny²⁷. Pour lui également, c'est toujours la volonté du représenté qui est manifestée, le mandataire n'a toujours, en somme, qu'un rôle purement passif; pour employer les expressions de Windscheid²⁸, le représentant ne déclare jamais une volonté propre, mais « un morceau de vie psychique identique à celui qui a existé chez le représenté »; la déclaration de volonté du représenté est « une déclaration... comme celle du représentant ». La théorie de la fiction peut donc se voir adresser les mêmes objections que l'on adresse à la théorie de Savigny; au cas de représentation légale, comment accepter que la volonté opérante et efficace sera celle du représenté, c'est-à-dire celle du mineur lorsqu'il s'agit de la représentation réalisée par l'intermédiaire du tuteur. De même au cas de gestion d'affaires la volonté du maître est à l'origine inexistante. Si l'on envisage un mandat très général comportant donc pour le représentant une large faculté de décision, comment admettre que ce dernier ne fait que déclarer la volonté du représenté

(27) PILON, *op. cit.*, p. 32, note 52.

(28) WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandekten*, I, § 73.

tout comme s'il était un simple *nunius* ? On serait également tenu, si on adoptait cette théorie, à ne tenir compte que des vices du consentement qui auraient pu exister en la personne du représenté et non de ceux qui existeraient chez le représentant ²⁹.

78. — THÉORIE DE LA REPRÉSENTATION. VOLONTÉ DU REPRÉSENTANT. — Toute contraire à la doctrine de Savigny et en même temps à celle de la fiction est la théorie qui, se basant sur une analyse tout à fait inverse des volontés dans la représentation, s'attache exclusivement à la personnalité de l'intermédiaire, à sa seule déclaration de volonté. Cette théorie née en Allemagne, et soutenue par de nombreux auteurs ³⁰, est celle qui a inspiré le code allemand, d'après lequel le représentant fait toujours une déclaration de volonté. En France, cette théorie a été reprise par M. Pilon ³¹, qui a également établi que la représentation s'analysait juridiquement dans la substitution réelle et complète de la personnalité du représentant à celle du représenté ³². La scission est alors complète entre l'auteur de la volonté manifestée et le bénéficiaire des effets de droit : le représentant concourt activement à la formation du contrat, et les effets juridiques engendrés se produisent directement dans le patrimoine du représenté.

(29) BOYER, Essai sur la représentation dans les actes juridiques. Thèse Toulouse 1898, p. 24.

(30) LABAND, In Goldsmicht's Zeitschrift, 10, p. 266. — JHERING, Jahrb. für die Dogmatik, 4, p. 54; Unger, 2, § 90, p. 316.

(31) Essai d'une théorie générale de la représentation. Thèse Caen, 1897; Cf. POPESCO RAMNICEANO, De la représentation dans les actes juridiques en droit comparé. Thèse Paris, 1927.

(32) PILON, op. cit., p. 47.

79. — Une telle solution implique aussi que l'on prenne parti sur la question de la nature de l'obligation en général; elle suppose que l'obligation est moins un lien entre deux personnes qu'un lien entre deux patrimoines. « En réalité, c'est un patrimoine qui doit une prestation à un autre patrimoine; la personne n'est que l'organe du patrimoine. Qu'est-ce à dire ? sinon que tout patrimoine peut se trouver engagé par un autre que son organe normal et que je puis mettre ma volonté au service d'un autre patrimoine sans engager le mien ? C'est là tout simplement ce que fait le représentant »³³. Voilà une atteinte formelle au principe que, suivant la doctrine classique, le patrimoine est étroitement lié à la personnalité³⁴, qu'il en est inséparable, et ce serait cette personnalité qui serait le fondement de la cohésion des éléments du patrimoine. Mais notre droit positif a porté de nombreux coups à cette notion du patrimoine, avec toutes les conséquences qui se déduisaient de cette conception classique : indivisibilité et inaliénabilité; ainsi les tribunaux cherchent à assurer en présence d'une transmission entre vifs d'une masse de biens la transmission, en même temps, des dettes correspondantes; par exemple au cas de donation portant sur la totalité des biens du donateur ou sur une masse importante de ces biens³⁵. Ceci

(33) PILON, *op. cit.*, p. 48.

(34) AUBRY et RAU, *Cours de Droit civil français*. 4^e édit. T. VI, p. 232, 234, 240-242.

(35) Toulouse, 29 janv. 1872, D. 1873. 2. 111, S. 1873. 2. 200; Grenoble, 12 mai 1882, S. 1882. 2. 240. Cf. GAZIN, *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*. Thèse Dijon 1910; GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, p. 126 et s.

n'implique pas que l'on aille jusqu'à dire le patrimoine complètement indépendant de la personnalité.

Il est certain que sous l'influence des conceptions juridiques allemandes, on a cherché à abstraire l'obligation des sujets actif et passif auxquels elle est attachée, à n'envisager dans le rapport obligatoire qu'un lien objectif entre deux patrimoines; ce procédé est à la base même de la théorie de M. Pilon, où le patrimoine du représenté est détaché en quelque sorte de sa personne, et se trouve engagé par l'intermédiaire du sujet actif qu'est le représentant; le représenté dès lors n'est que l'organe de son patrimoine qui s'appauvrit ou s'enrichit. C'est une notion de l'obligation qui est difficilement acceptable en droit français car son résultat immédiat serait de bouleverser d'un coup toutes nos conceptions juridiques traditionnelles, qui remontent d'ailleurs au principe romain lui-même, mais sans le même rigorisme³⁶. On doit admettre, en effet, qu'en certains cas on puisse faire abstraction des sujets de droit pour envisager le rapport objectif entre deux patrimoines³⁷, et ceci peut être commandé par le but de réaliser plus complètement une idée de justice. Mais en l'admettant, on est encore loin d'aller affirmer

(36) Cf. PAUL sur Sabinus, Dig. de oblig. et act. 44. 7. : « Quaecumque gerimus, quum ex nostro contractu originem sumant nisi ex nostra personna obligationis initium sumant, inanem nostrum actum efficiant ».

(37) RIPERT, La règle morale dans les obligations, 2^e édit. n° 12 et 203.

l'abolition du principe que ce rapport de droit, né de l'obligation, est essentiellement subjectif³⁸.

80. — Mais, du point de vue analyse même des volontés, le système de la représentation ne peut avoir la prétention de présenter une solution exclusivement exacte; elle explique bien les cas de représentation légale et de gestion d'affaires, mais elle n'a plus du tout la même valeur dans certains cas de mandats très spéciaux où il devient douteux que le représentant déclare réellement une volonté concrète qui lui soit propre, c'est-à-dire déterminante de certains caractères mêmes de l'acte qu'il s'agit d'effectuer³⁹. Mais, répondra-t-on, en ce cas il n'y a plus de représentant, il n'y a qu'un messenger. Encore faudrait-il qu'on nous présente un criterium général de distinction du représentant et du simple muntius⁴⁰, ce qui est proprement impossible. On ne doit pas ne pas tenir compte de la volonté du représenté; en pratique, un pareil système devrait conduire à de flagrantes injustices, car, fondé sur la volonté du représentant, seuls les vices qui pourraient l'affecter, devraient être retenus, et non ceux existant en la

(38) Pour DUGUIT, au contraire, et ce n'est qu'une conséquence normale de sa théorie sur la règle de droit objective, l'obligation n'est pas un rapport entre deux sujets, il n'y a pas de rapport juridique entre le sujet débiteur et le sujet créancier, il y a simplement deux volontés déclarées conformes à la solidarité sociale, ce que l'on appelle contrat. DUGUIT, *L'Etat, le droit positif et la loi objective*, p. 179. Comme la volonté n'est pas pour lui créatrice d'effet de droit, il juge tout à fait inutile l'idée de représentation; la représentation doit s'entendre de la volonté « compétence légale et permanente » qui appartient à une certaine personne, compétence lui venant du droit objectif. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*. T. I, 2^e édit., p. 341.

(39) Contra PILON, *op. citat.*, p. 51.

(40) CORBESCO, *De la représentation dans les actes juridiques*. Thèse Paris 1912, p. 68.

personne du représenté ⁴¹, alors même qu'il serait manifeste que celui-ci a participé activement à l'acte; cette solution a été adoptée par le Code civil allemand ⁴². Il en serait de même pour la bonne ou mauvaise foi du dominus dont on ne devrait pas tenir compte.

81. — Ce système, d'ailleurs, ne peut nier que la volonté du représenté n'ait aucun rôle. Bien au contraire représenté et représentant concourent à la formation et à la réalisation du rapport de représentation, « le mandant, en donnant pouvoir au mandataire de contracter, le mandataire, en déclarant une volonté propre conforme au pouvoir qui lui a été donné » ⁴³. Ceci nous prouve bien, dès lors, que les solutions apportées par les différentes théories dépendent du point de vue où l'on se place, de la façon dont on en envisage le rapport de représentation; ou bien on se place à sa source, à la création même du pouvoir de représenter entre les parties; ou bien on considère uniquement la réalisation du pouvoir accordé et en même temps du phénomène représentatif dans l'accomplissement des actes juridiques envisagés comme but primordial de l'opération. C'est seulement cette réalisation même du rapport externe de la représentation qu'envisage la théorie qui est présentée par M. Pilon ⁴⁴. Mais si l'on prend

(41) BOYER, Essai sur la représentation dans les actes juridiques, Thèse Toulouse 1898, p. 32 et suiv.

(42) Code civil allemand. Collection des principaux codes étrangers. T. I, art. 166, publication réalisée par le comité de législation étrangère.

(43) PILON, op. citat., p. 51 et 52. Cf. GRAZIANI, La rappresentanza senza procura, p. 40.

(44) PILON, op. citat., p. 12 et p. 23.

la représentation dans son ensemble, dans ses deux phases, pourrait-on dire, on se rapproche fortement de la théorie dite de la coopération des volontés présentée en Allemagne par Mitteis⁴⁵, et adoptée en Italie et en France par de nombreux auteurs⁴⁶.

*Coopération et analyse des volontés
du représentant et du représenté.*

82. — Les solutions fournies par la théorie de Savigny et celle de la Représentation ne constituent, pour ainsi dire, que des cas limites du phénomène représentatif, le cas où la volonté du représenté est entière et absolue, celui où c'est le représentant qui déclare réellement une volonté concrète et efficace. Mais, entre ces deux extrêmes, il y a une « infinité de possibilités de partage..., moyens termes sans nombre qui chevauchent l'un sur l'autre sans limite précise et qui ont ceci de commun que, chez eux, tant le principal que le représentant prennent, psychologiquement, une part à la conclusion de l'acte juridique »⁴⁷. Par la représentation, une créance ou une dette va naître dans le patrimoine du représenté; cette créance et cette dette supposent une manifestation de volonté, et, si on admet que représentant et représenté ont collaboré à leur création, il faut

(45) MITTEIS, Die lehre von der Stellvertretung nach röm. Recth.

(46) TARTUFARI, Della rappresentanza nella conclusione dei contratti; BOYER, Essai sur la représentation dans les actes juridiques, Thèse Toulouse 1898; CORBESCO, De la représentation dans les actes juridiques, Thèse Paris 1912.

(47) MITTEIS, op. cit., p. 112-113.

encore exprimer comment cette collaboration se réalise. Ce qu'il faut dire, c'est que leurs volontés ne coopèrent pas simultanément, mais successivement. Il faut absolument éviter de vouloir unir ces deux volontés en une seule; ce sont bien au contraire deux actes psychologiquement et juridiquement distincts. Pour cela, il est bon de séparer la conclusion du rapport représentatif, sa réalisation, du pouvoir concédé au représentant par le représenté⁴⁸.

83. — 1° En effet, en tant que l'on envisage seulement la représentation comme la phase de la réalisation des conséquences juridiques d'un acte en la personne du représenté, il n'y a à tenir compte que de la déclaration de volonté du représentant⁴⁹; c'est elle qui, directement, produit cet effet de droit, elle en est la cause immédiate. Mais il faut supposer que le représentant déclare sa volonté propre, et qui dit volonté, parle de décision, fruit d'une délibération réelle, commandée par le but qu'il s'agit de réaliser et qui est commun au déclarant et au représenté. S'il n'était que l'organe matériel qui manifeste la volonté d'autrui, le porte-voix de son maître, alors il n'y aurait plus de représentation, ce serait le maître lui-même qui serait présent au contrat. C'est en cela que M. Pilon a raison de dire qu'il y a substitution du représentant au représenté⁵⁰. Cependant,

(48) NATTINI, *La dottrina generale della procura. La rappresentanza*. p. 42.

(49) PLANIOL, *Traité élément*. T. II, p. 747. « Un véritable mandataire (ou représentant) est celui dont la volonté entre seule en jeu lors de la conclusion de l'acte... »

(50) PILON, *op. citat.*, p. 47. Dans le même sens : FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto d'altrui*. *Archivio giuridico*, 1903, p. 416.

si le représentant déclare sa propre volonté, une pareille déclaration n'implique pas l'impossibilité qu'il ait existé antérieurement une volonté prononcée du représenté, délimitant le champ de la délibération du représentant, et avant tout, précisant et affirmant le but, le résultat à atteindre, car le but visé doit être évidemment commun à ces deux personnes, il constitue le trait d'union entre leurs volontés déclarées à deux moments différents⁵¹.

Il est nécessaire, en tout cas, de reconnaître, que si l'on envisage la représentation comme la réalisation des effets d'actes juridiques dans le patrimoine du représenté, et donc la naissance du rapport né entre celui-ci et le tiers, seule la déclaration de volonté du représentant doit être prise en considération⁵². Il faut d'ailleurs que la présentation extérieure du représentant aux tiers soit conforme à sa déclaration, qu'il agisse bien comme muni du pou-

(51) « Le contrat est une formule qui enveloppe une ou plusieurs volontés tendant à la réalisation d'une certaine idée ». G. RENARD, *La théorie des leges mere poenales*. Mélanges HAURIU, p. 659. La volonté devient une servante de l'idée, elle-même conforme à une norme supérieure, une norme de justice. RENARD, *Le droit, la justice et la volonté*. Paris 1924. M. RENARD préfère parler de l'idée au lieu de parler du but, cette notion est, selon lui, plus compréhensive. Mais « la représentation instrumentale (c'est-à-dire l'acte de volonté, les voies et moyens) est secondaire par rapport à la représentation téléologique (c'est-à-dire au but). « Confér. sur la valeur de la loi. Cf. aussi DE KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Quelques dispositions générales d'un projet de code civil polonais*, dans *Rev. Trim.* 1928, p. 551 et s. Il insiste sur la valeur concrète de la notion de but (p. 561); les buts sont donnés par la vie même, par « la nature des choses ». GÉNY, *Science et Technique*, vol. III, p. 274-275.

(52) Mais la volonté du représentant doit être concrète, c'est à-dire déterminante de l'acte juridique, et elle ne doit pas consister uniquement dans la liberté d'émettre ou non la déclaration; sinon, il n'y aurait plus d'application juridique du concept de messager.

voir de contracter dans l'intérêt d'autrui, et non comme contractant pour lui-même ⁵³.

84. — Peu importe même que le représentant agisse au nom du représenté ou en son nom personnel, si le tiers avec lequel il contracte sait parfaitement que ce n'est pas envers lui qu'il s'engage, mais envers le représenté dans le patrimoine duquel naîtront directement les droits et les obligations qui découleront de leur convention; l'essentiel est donc que le tiers et le représentant aient la « *contemplatio domini* » ⁵⁴.

85. — 2° Cette phase, que l'on peut appeler exécutoire, est bien l'essence même de la représentation, mais il existe une phase préliminaire, qui elle ne vise que les rapports internes du représentant et du représenté, mais qu'il est nécessaire de distinguer nettement pour arriver à une détermination exacte de la coopération des volontés, pour accorder toute sa valeur à la dation de pouvoir permettant au représentant de passer à l'exécution. Au cas de gestion d'affaires ratifiée par le géré, il suffit d'inverser les deux phases, telles qu'elles ont été distinguées, le géré faisant sien le but réalisé par le gérant ⁵⁵; sa volonté n'est que confirmative et non

(53) Le rôle de la présentation extérieure du représentant est particulièrement mis en valeur dans un arrêt de la chambre des requêtes : Req. 20 févr. 1922, D. 22. 1. 201.

(54) Trib. Comm. Seine, 9 oct. 1896, S. 1897. 2. 149; Alger, 7 juin 1899, D. 1901. 2. 181. Ce dernier arrêt est formel. Dans le même sens, POPESCO RAMNICEANO, La représentation dans le projet du code des obligations. Bullet. Soc. Législat. Comp. 1928, p. 190 et s. CORBESCO, op. cit.

(55) TARTUFARI, op. cit. dans Archivio Giuridico, 1891. T. 46, p. 121, note 15.

constitutive de cet acte⁵⁶. Toute la puissance de détermination du contenu de l'opération réalisée est alors réservée au représentant; la déclaration de volonté du représenté n'a pour but que d'être une appropriation des résultats obtenus par le représentant⁵⁷.

Certes la représentation, dans notre droit positif, n'existe pas comme entité juridique distincte, elle ne constitue pas un contrat spécial, et nous aurons à constater que notre jurisprudence confond presque toujours la représentation avec le contrat de mandat; le représentant, dans tous les cas, sera lié au représenté par un contrat déterminé qui l'obligera à une certaine prestation d'activité. Ceci n'empêche pas cependant que la faculté de représenter accordée au représentant soit distincte de celle d'accomplir tel ou tel service, faculté qui lui a été concédée en vertu du contrat qui le lie au représenté; évidemment ces deux facultés lui auront été accordées le plus souvent par un seul et même acte.

86. — On se trouve donc ici en présence du rôle actif du représenté lui-même et la notion importante est celle de pouvoir. Qu'est-ce que le pouvoir ? Dire que le pouvoir est une « faculté juridique »⁵⁸ accordée au représentant n'est que reculer la solution. De même si l'on dit que le pouvoir est une autorisation⁵⁹, car ce qu'il faut savoir, c'est la source de cette autori-

(56) Cf. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, Du prête-nom. Thèse Caen 1898, p. 153-154.

(57) GRAZIANI, La rappresentanza senza procura, p. 40 et 41.

(58) WINDSCHEID, Pandek, I, par. 74; CORBESCO, op. cit., p. 98.

(59) CAPITANT. Introd. à l'étude du droit civil, p. 188-189.

sation et sa nature. La source réelle du pouvoir, c'est « le consentement donné par le représenté » ⁶⁰ à ce qu'il puisse être engagé; or qu'est-ce que consentir? comment se réalise normalement le consentement? sinon par une déclaration de volonté ⁶¹; d'où le pouvoir est pratiquement constitué par la déclaration du représenté, sous des formes qui peuvent d'ailleurs être très diverses; elle sera plus ou moins explicite, précise, laissant au représenté une part très variable dans la décision que lui de son côté devra prendre. Tel sera, par exemple, le pouvoir donné à un avoué chargé de représenter son client dans une vente judiciaire et qui peut avoir reçu des ordres plus ou moins précis sur les conditions auxquelles il doit acheter le bien mis en vente. Il ne suffirait cependant pas que la seule volonté du représenté soit de voir se produire un acte juridique sans aucune indication précise sur l'acte à réaliser; en ce cas ce serait la volonté seule du représentant qui serait effective. Un manque absolu de contenu concret dans la volonté est d'ailleurs difficilement concevable, car celui-ci indiquera toujours, au moins d'une manière tout à fait générale, le but vers lequel le représentant doit orienter son activité.

Si le pouvoir donné n'est donc que le consentement du représenté à ce que les actes du représentant engagent son patrimoine, le pouvoir est bien une subordination de tout ou partie de ce patrimoine à la vo-

(60) PILON, *op. cit.*, p. 132.

(61) Cet assentiment du représenté est remplacé par une disposition légale, lorsque, afin de suppléer à l'incapacité d'une personne, la loi intervient pour assurer la gestion de son patrimoine.

lonté d'autrui, puisque ce patrimoine doit répondre des actes du représentant. Et on peut même se demander si cela constitue une restriction à l'idée du pouvoir personnel d'un individu sur son patrimoine; ne peut-on le concevoir au contraire comme une extension de la puissance même de cet individu, puisque c'est lui-même, par une déclaration formelle (pouvoir) faite dans ce but, qui sera cause des modifications patrimoniales réalisées par l'intermédiaire d'une activité subsidiaire; plus grande sera l'autonomie concédée à celle-ci, plus grande l'extension de la puissance du représenté.

Il semble qu'on puisse également saisir comment le lien obligatoire qui naîtra entre les tiers et le représenté ne sera pas seulement un rapport d'obligation entre deux patrimoines, indépendamment de la personnalité même de leur sujet; ainsi lorsque le tiers saura, en fait, avec qui il se trouvera lié, lorsque la « *contemplatio domini* » comprendra bien la connaissance même du représenté. Mais il n'en sera plus de même si le tiers et le représentant ont entendu obliger un patrimoine autre que le leur, sans indication aucune du sujet dont il dépend; telle est par exemple la déclaration de command⁶².

Le pouvoir accordé au représentant, c'est-à-dire le consentement du représenté, sera extériorisé par la procuration; mais l'agent qui a reçu le pouvoir de représenter autrui doit aussi être obligé à prêter ses services; il le sera par un mandat, ou un contrat de

(62) PILON, *op. cit.*, p. 90 et s.

travail ou d'entreprise, par exemple. Dans la majorité des cas, on l'a vu, ce sera un contrat de mandat, et alors la procuration sera aussi l'instrumentum du mandat lui-même⁶³; le terme procuration peut ainsi être pris dans les deux sens; le pouvoir de représenter et la faculté d'être mandataire sont ainsi donnés dans un seul acte, et cela est devenu si normal dans notre droit positif que l'on a fini par les assimiler; la cause du pouvoir de représenter la raison de l'accorder, c'est le mandat. En Allemagne, au contraire, on a fait abstraction de cette cause pour ne considérer que le pouvoir de représenter en soi, indépendamment du rapport existant entre le représenté et le représentant et qui donne à ce dernier le droit, en même temps qu'il lui impose le devoir d'agir⁶⁴. Pratiquement une seule manifestation de volonté intervient, et il est peut-être vain de construire une pareille abstraction, car c'est dans les différents rapports qui en forment la base, qui en indiquent le but, que l'on doit en trouver la justification⁶⁵. Le pouvoir en effet doit être effectivement ordonné à un but déterminé; or ce but ne se réalisera qu'avec la création d'un rapport de droit obligeant l'intermédiaire à représenter⁶⁶.

(63) Cf. art. 1984 du code civil.

(64) Code civil allemand, art. 167. Collection des principaux codes étrangers. T. I; le code civil allemand traite de la Bevollmächtigung, dans la partie générale (art. 167 à 176) et du mandat dans les obligations (art. 662 à 676).

(65) SCHLOSSMANN, Die lehre von der Stellvertretung. T. II, p. 36.

(66) Il n'en est pas de même en droit anglais où la représentation a pris figure d'une véritable institution juridique sous le nom d'agency. LÉVY-ULLMANN, Contribution essentielle du droit anglais à la théorie générale de la représentation dans les actes juridiques.

Ce pouvoir concédé, on l'a aussi qualifié d'acte unilatéral⁶⁷, émanant de la seule volonté du dominus et ceci n'est pas contestable; mais de là il ne faudrait pas conclure que cet acte unilatéral engendre un effet de droit, car celui-ci ne naîtra que lors de la déclaration correspondante du représentant qui constitue en même temps acception de la déclaration du dominus⁶⁸; il doit y avoir accord entre les volontés du représentant et du représenté⁶⁹.

87. — Mais la déclaration faite par le représenté est-elle destinée surtout au représentant ou au tiers ?⁷⁰. Elle les vise tous deux⁷¹; vis-à-vis du représentant, elle est essentiellement un consentement, concession d'une faculté, celle de représenter, donc ne concernant que les rapports internes entre représenté et représentant; vis-à-vis des tiers, c'est une déclaration matérialisée dans l'instrumentum qu'est la procuration, et dont le but principal est la publicité, devant assurer la sécurité des contractants⁷². Dans la majorité des cas d'ailleurs les tiers ne connaîtront cette procuration que lors de la réalisation même du phénomène représentatif, lorsque le représentant contractera. Parfois cependant les tiers reçoivent directement du dominus lui-même connaissance de

(67) Cf. les auteurs cités par TARTUFARI, dans *Archivio Giuridico*, 1891, T. 46, XII, p. 114. BRINZ, REGELSBERGER, HELLMANN; dans le même sens COVIELLO, *Diritto civile italiano*, I, p. 385.

(68) Contra DEMOGUE, T. I, p. 185.

(69) VIVANTE, *Droit commercial*, T. III, trad. par J. ESCARRA, p. 118.

(70) BOLAND, *De la représentation dans les contrats*. Thèse, Liège 1927, p. 152.

(71) Von THUR, *Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, T. II, 2, p. 379-380.

(72) DEMOGUE, *Notions fondamentales de droit privé*, p. 76.

la procuration, avant que le représentant n'ait connu qu'il devait agir comme tel.

*Conclusions de l'analyse de la notion
de représentation.*

88. — Ainsi décomposée, la représentation apparaît comme plus indépendante de toute idée de fiction, car on peut tenir compte de la volonté du représenté sans dire pour cela que celui-ci a agi personnellement lors de la réalisation même du phénomène représentatif; pour tenir compte de sa volonté, il n'y a pas à le déclarer intervenant à cette réalisation, seule la volonté propre du représentant est déterminante⁷³, mais il n'empêche qu'elle collabore avec la volonté du représenté lui-même, qui a pré-existé et a fait l'objet d'une déclaration⁷⁴.

En distinguant aussi nettement les volontés du représentant et du représenté, on obtiendra également un résultat concret dans le domaine pratique, au point de vue de l'appréciation de la capacité de consentir et de la validité du consentement des parties en cause; il faudra donc prendre en considération, dans la grande majorité des cas, à la fois la volonté du représenté et celle du représentant⁷⁵, en prenant

(73) Et sur ce point, nous sommes tout à fait d'accord avec la théorie de la Représentation.

(74) C'est ce que dit M. PILON lui-même, op. cit., p. 60, n° 39 : « Le représentant n'est pas censé déclarer la volonté du représenté; il déclare réellement sa volonté, mais une volonté qui est l'image de celle du mandant ». Mais, en bien des cas, il faut même dire qu'elle est plus qu'une image, qu'elle est également déterminante.

(75) BOYER, op. cit., p. 76.

bien soin de les apprécier à deux périodes différentes, celle du représentant au moment de l'efficacité même de la représentation, celle du représenté, au contraire, au moment de la dation du pouvoir. Il en sera de même pour juger de la bonne ou mauvaise foi de ces deux individus.

La notion de représentation, ainsi précisée, ne pourrait cependant se voir imposer le cadre rigide d'un concours uniforme et obligatoire des deux volontés du représenté et du représentant; ce concours doit comporter au contraire une multitude infinie de gradations, qui doivent répondre aux nécessités pratiques, où la volonté du représentant peut prendre une importance de plus en plus grande⁷⁶. Mais nous savons en tout cas maintenant ce qui est nécessaire pour qu'il y ait véritable représentation, et ce que devra être cet élément dont nous recherchons s'il est ou non déterminant du mandat. Nous allons avoir d'ailleurs l'occasion de constater qu'il a été maintes fois l'objet de confusions regrettables.

§ 2. — *La représentation et les diverses formes de coopération aux actes d'autrui.*

89.— On peut concevoir de la part des individus deux sortes de coopération aux actes d'autrui⁷⁷ : soit une coopération de droit, lorsque le service fourni

(76) Dans la représentation légale, il est impossible parfois de supposer que le représenté ait une volonté quelconque; si le tuteur, par exemple, peut et doit représenter le mineur, c'est qu'il en a reçu le pouvoir de la loi, et un pouvoir qui est fort strict et précis.

(77) JHERING, De la coopération dans les actes juridiques, dans les études complémentaires, trad. MEULENAERE.

par l'individu consiste en une activité juridique utilisée pour la perfection de quelque rapport au compte de celui qui doit en jouir, rapport qui peut d'ailleurs avoir à sa base un fait économique quelconque; soit une coopération de fait, l'activité étant uniquement matérielle; cette coopération comportera la réalisation d'un certain résultat, n'ayant pas pour objet immédiat la constitution de quelque rapport juridique, encore que celle-ci puisse en être la conséquence plus ou moins directe⁷⁸. La représentation n'est qu'une espèce du genre coopération juridique aux actes d'autrui. Ces deux modes de coopération, d'ailleurs, coexistent fréquemment et rendent par là-même difficiles à caractériser de nombreuses activités où se réalise cette complexité. Telle l'activité du courtier d'assurances qui recherche pour ses clients les compagnies les plus sérieuses, établit le contrat, verse les primes; il représente aussi ce client dans les diverses opérations nécessaires à la conservation de sa police d'assurance; enfin, au cas de sinistre, il discute les indemnités à verser et surveille l'expertise⁷⁹. Toutes ces opérations constituent un ensemble assez varié d'activité matérielle et juridique, qui font que la jurisprudence hésite souvent lorsqu'il s'agit de qualifier le contrat intervenu entre le courtier et son client; tantôt elle décide que c'est un mandat⁸⁰, tantôt elle opte pour le louage de services⁸¹.

(78) TARTUFARI, dans *Archivio Giuridico*, 1889, T. 43.

(79) E.-H. PERREAU, *Manuel juridique et pratique des agents d'assurance*, p. 123 et suiv.

(80) Trib. Seine, 14 janv. 1892, S. 93. 2. 90; Paris, 5 juil. 1892. D. 93. 2. 407.

(81) Bordeaux, 3 juil. 1911, Rec. per. assur. 1912, p. 172; Id. 13 mars 1911, Rec. per. assur. 1912, p. 28; Cf. SEGUIN. Thèse Paris 1926. Le courtier d'assurances terrestres.

90. — A s'en tenir ici à la seule catégorie de la coopération de droit, on a souvent entendu employer le terme représentation dans deux sens, un sens strict et un sens large⁸²; ceci équivaldrait, en somme, à distinguer la représentation parfaite de la représentation imparfaite⁸³, ou mieux représentation indirecte; dans la première seulement, les effets des actes juridiques effectués par le représentant s'opéreraient directement dans le patrimoine du représenté⁸⁴. La convention de prête-nom nous fournit un exemple de représentation imparfaite, où les actes juridiques produiront tout d'abord leurs effets dans le patrimoine de celui qui y a participé, et où un transfert des droits et obligations créés sera nécessaire pour les faire passer dans le patrimoine du dominus. Le résultat obtenu par la participation indirecte est donc complètement différent de celui obtenu par la participation directe, auquel il faut réserver le terme technique de représentation; dire en effet qu'il existe une représentation au sens large, c'est dire qu'il n'y a plus représentation du tout. Il est donc inutile d'em-

(82) CARBONI, Carattere differenziale tra mandato e locazione d'opera. *Rivista di diritto civile*, 1915, p. 451-452.

(83) Mais il faut bien remarquer que le terme représentation imparfaite n'est pas pris en ce cas dans le sens tout spécial qui lui est donné en la matière des obligations solidaires; représentation imparfaite alors signifie que les débiteurs solidaires se représentent les uns les autres uniquement quand il s'agit de profiter des actes effectués par l'un d'entre eux, mais non lorsque ces actes doivent leur nuire. PLANIOL, *Traité élément.* II, p. 251; OUDINOT, *De la représentation imparfaite en droit français*, Paris 1909.

(84) PILON, *op. citat.*, p. 17. Le code civil allemand n'admet que la représentation directe. *Comment. sur l'article 164. Collection des principaux codes étrangers.* T. I, p. 210.

ployer de manière erronée un terme qui par lui-même est déjà fort complexe ⁸⁵.

Mais on ne se contente pas encore d'étendre cette notion à tout le genre coopération juridique aux actes d'autrui, on y fait rentrer aussi parfois des hypothèses de simple coopération matérielle, et on appelle alors représentation toute activité qui se trouve réalisée dans l'intérêt d'autrui et en son nom ⁸⁶, si bien que tout l'individu réalisant un ouvrage quelconque et qui apparaît agir directement pour une personne qui jouit du résultat obtenu, peut être qualifié de représentant ⁸⁷; tout commettant devient un représenté, tout préposé un représentant ⁸⁸. Il est inutile d'insister sur l'extension inadmissible qui serait ainsi donnée à la notion de représentation et où l'on ne trouverait rien de ce que nous y avons découvert. Cette remarque est d'autant plus importante, en ce qui nous concerne, que nous aurons à faire fond sur l'élément de représentation dans de nombreux cas où il est jugé déterminant du mandat salarié, alors qu'en fait, il ne s'agit que d'une simple

(85) Cf. VINDSCHIED, *Lehrbuch der Pandek.*, 5^e édit., I, § 73, p. 190, note 2. « D'autres auteurs admettent qu'il y a représentation quand une personne qui gère les affaires d'autrui fait un acte en suite et en raison de cette gestion, sans cependant apparaître dans l'acte comme représentant, c'est-à-dire quand elle agit en son nom propre et pour elle-même, se réservant de reporter plus tard sur le maître les effets nés de cet acte. C'est la représentation indirecte, médiate ou imparfaite. Tout ceci n'a fait qu'augmenter la confusion existant dans la théorie de la représentation ».

(86) PLANIOL et RIPERT, *Traité prat.*, t. 6, p. 76, n° 60.

(87) CHIRONI, *Colpa estracontrattuale*. I, n° 161. Cf. *supra*, chap. III, Sect. II.

(88) Cf. Un cas où les termes représenté et commettant d'une part, représentant et commis d'autre part sont pris l'un pour l'autre. *Rev. Dor.* 1924. 7. 414.

participation matérielle aux affaires d'autrui, que l'activité de celui qui agit n'a rien de juridique. Ainsi les nombreux cas où les tribunaux affirment que l'architecte est mandataire de son client, alors même qu'il n'a reçu aucun pouvoir de le représenter, et qu'il se contente purement et simplement de fournir des services qui n'ont rien de juridique et qui consistent à vérifier l'exactitude des mémoires fournis par l'entrepreneur lors du règlement de son compte⁸⁹.

91. — Si la représentation suppose des intermédiaires elle ne les englobe évidemment pas tous, pas plus que la convention de prête-nom; représentant, prête-nom-coopèrent juridiquement aux actes à effectuer par une déclaration de volonté, ils sont de véritables contractants. Si besoin est, on doit examiner leur capacité, la valeur de leur consentement, leur bonne ou mauvaise foi. Mais il reste bien d'autres intermédiaires non représentant dont la volonté n'est pas le moindre déterminant de l'acte passé, au cas où ils ont eu l'occasion d'effectuer un acte juridique; ce n'est pas chez eux en tout cas que l'on appréciera les conditions de validité de l'acte. Rentrent dans cette catégorie les intermédiaires⁹⁰ qui sont de simples agents de la déclaration de volonté, tels les interprètes, ou les agents des postes⁹¹; ceux qui se contentent de mettre en rapport les parties, les

(89) CORBERAND, Manuel juridique de la responsabilité des architectes et des entrepreneurs, p. 13, 14. Lille, 12 juin 1928, DH. 523; Cf. Cassat. Civ. 3 nov. 1926. D. 1927. 1. 77, note MINVIELLE, Gaz. Pal. 1926. 2. 759, où la Cour semble particulièrement indécise sur la qualification à donner au contrat intervenu.

(90) DEMOGUE. T. 1, p. 178; FERRARA, op. citat. Archivio giuridico, 1903, p. 413.

(91) PLANIOL, Traité élémentaire, t. II, p. 746, note 2.

agents d'affaires, les courtiers, les commis voyageurs; ou ne sont en rapport qu'avec l'une d'elles; l'avocat, le notaire dans son rôle de simple conseil; enfin ceux qui se contentent de rédiger l'acte conclu entre les parties ou en déterminant les conditions, ainsi le notaire comme rédacteur d'actes, lorsqu'il agit en tant que fonctionnaire public. Voilà au moins des intermédiaires chez qui on ne saurait découvrir la représentation qui doit déterminer le mandat salarié, à supposer que le problème soit tranché dans le sens de l'affirmative.

92. — Il est encore inexact de parler de représentation lorsqu'on se trouve en présence des administrateurs d'une personne morale. On a considéré, et c'était autrefois au moins l'opinion courante dans la doctrine française, que toute personne morale était un être fictif ⁹², incapable de vouloir par lui-même, dont les administrateurs apparaissaient bien comme les représentants et qu'ils l'auraient été comme le sont les tuteurs vis-à-vis des mineurs; on rencontrait donc ici un cas de représentation légale, ce qui cadrerait bien d'ailleurs avec l'opinion des partisans de la théorie de la fiction, puisqu'ils reconnaissaient à l'Etat un pouvoir absolu. A cette conception de la représentation des personnes morales, des auteurs allemands ont opposé une nouvelle théorie suivant laquelle les administrateurs ne sont pas les représentants, mais les organes d'une personne morale ⁹³,

(92) SAINCTELETTE, *Etude sur les personnes morales*, p. 248; LAURENT, I, p. 369.

(93) GIERKE. *Genossenschaft theorie*, p. 614 et suiv. En France, cf. Mestre : les personnes morales et le problème de leur respon-

théorie qu'ils faisaient découler de leur conception de la personne morale; ce n'était pas un être fictif, mais un être collectif réel.

Sans prendre parti nettement sur la nature même de la personne morale, on peut dire que, dans la représentation, il y a un rapport juridique entre deux sujets de droit dont l'un agit pour l'autre. Quand il y a organe au contraire, c'est vraiment la personne juridique elle-même qui agit ⁹⁴, avec laquelle l'organe ne se confond nullement. Mais l'organe se présente comme une partie indispensable à la personne morale, sans lequel elle ne peut exprimer sa volonté; « l'organe, à la différence du représentant, incarne donc toute la volonté de l'être collectif » ⁹⁵, car il est vraiment intégré à la personne morale elle-même ⁹⁶, et lorsqu'il déclare sa volonté il agit comme s'il voulait pour lui-même; d'où il peut l'engager dans tous les cas où une personne peut être engagée par sa seule volonté, plus puissante donc que celle d'un mandataire : ainsi l'organe à la différence du représentant, peut exercer les droits politiques de la personne morale, prêter serment, faire un aveu en son nom. Cependant l'organe, en fait, agit comme un représentant ordinaire au point de vue de la formation des actes juridiques ⁹⁷.

sabilité pénale. Thèse Paris 1899, p. 211 et s. Cet auteur propose la désignation suivante pour les administrateurs : « organes représentatifs », p. 217.

(94) SALEILLES, *Théorie de l'obligation*, p. 365.

(95) MICHOD, *Théorie de la personnalité morale*, t. 1, n° 59 et suiv.

(96) PLANIOL et RIPERT, *traité pratique*, 1, n° 93.

(97) DEMOGUE, I, p. 180.

La personne morale emploie également des préposés qu'il n'est pas toujours facile de distinguer des organes; en fait, ces derniers apparaîtront comme ayant les préposés sous leurs ordres⁹⁸. La jurisprudence, elle, qualifie, dans la majeure partie des cas, les administrateurs délégués et les directeurs généraux de mandataires⁹⁹; ils se distinguent des directeurs techniques en ce qu'ils ont reçu du conseil d'administration le droit de diriger l'ensemble des affaires commerciales, de passer les contrats nécessaires au fonctionnement de la société¹⁰⁰. Les directeurs techniques, au contraire, sont des préposés de la société, non révocables ad nutum, ils sont liés envers la société par un louage de services¹⁰¹. Les tribunaux, juges du fait, se réservent d'ailleurs le droit, en se basant sur les circonstances de la cause, de déclarer qu'une personne, pourtant désignée comme directeur technique par les statuts de la société, n'est pas en réalité un préposé de la société, mais un directeur général qu'ils qualifient de mandataire¹⁰². En de nombreuses hypothèses, la distinction apparaît comme fort délicate à trouver¹⁰³.

(98) MICHOD, *op. cit.* t. II, n° 189.

(99) Paris, 25 juill. 1893, D. 1894, 2, 6; Paris, 18 avril 1912, S. 1914, 2, 129, note WAHL; 15 juin 1925, J. soc., 1927, p. 342; Cass. Req. 12 nov. 1928 DH. 1928, 573.

(100) LYON-CAEN et RENAULT avec la collaboration de A. AMIAUD, *Traité de droit commercial*, 5^e édit. p. 292. Cf. aussi, note WAHL sous Paris, 18 avril 1912, précit.

(101) Cass. 12 déc. 1892, D. 1893. 1, 64; Chambéry, 28 février 1900, D. 1900. 2. 503.

(102) Civ. 9 juil. 1923, D. 1926. 1. 40.

(103) GONTIER, *Le directeur et l'administrateur délégué de la société anonyme*. Thèse Aix, 1911, p. 17.

SECTION II.

Représentation et mandat salarié.

93. — Nombreuses sont évidemment les hypothèses où nous utilisons les services d'autrui, et spécialement d'un professionnel, dans nos relations avec les tiers; ces personnes qui nous fournissent leur activité auront à effectuer certains actes à fin d'exécuter le contrat qu'ils ont passé avec nous et, dans leurs relations avec les tiers, ils agiront en notre nom en vertu du pouvoir que nous leur avons donné; ils seront donc nos représentants. Tel n'est-il pas le cas du courtier d'assurances qui signe une police envers une compagnie au nom de l'un de ses clients, qui passe donc un contrat d'assurance; ou encore le notaire qui, pour le compte d'une personne, prend une inscription hypothécaire; ou le représentant de commerce qui, en vertu du pouvoir qu'il a reçu de la maison dont il s'est chargé de défendre les intérêts dans telle ou telle région, contracte avec des commerçants au nom de cette maison, passe des commandes qui l'obligent directement.

Vis-à-vis des tiers, aucun doute ne peut s'élever sur la situation juridique de tels individus, ils sont représentants; mais la question est de savoir qu'elle est leur position contractuelle vis-à-vis de leurs clients ou de ceux qui les emploient et si le fait qu'ils

les représentent doit nécessairement emporter la qualification de mandat attribué à leurs rapports ?, ou en termes plus généraux, la représentation, telle que nous l'avons précisée, est-elle déterminante du contrat de mandat ?, si bien que partout où nous rencontrerons ce phénomène juridique, partout aussi nous trouverons un mandat qui sera la cause même de la représentation, la raison pour laquelle le représentant est obligé d'agir.

§ 1. — *Les solutions du droit positif français.*

94. — L'article 1984 du code civil va, dès l'abord, nous fournir une indication précieuse, une précision significative des solutions recherchées : « Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom »¹⁰⁴. Laissons ici de côté les critiques que l'on pourrait adresser à cet article pour la confusion qu'il commet entre le mandat, rapport contractuel entre les parties, et la procuration, instrumentum du contrat passé. Mais il faut s'attacher au contraire aux termes « pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ». Ces termes sont formels et n'est-ce pas là la caractéristique même de la représentation conventionnelle :

(104) Le code civil italien dans son article 1737 ne considère pas l'agissement au nom du mandataire comme essentiel pour qu'il y ait mandat; il a substitué les termes « per conto di un'altra persona » aux mots « en son nom » de notre code civil. Par contre l'article 349 du code de commerce italien est ainsi conçu : « le mandat commercial a pour objet la conclusion des affaires commerciales pour le compte et au nom du mandant », reproduisant donc la même idée que notre article 1984.

un pouvoir donné par le représenté, ici le mandant, un acte du représentant ou mandataire au nom du mandant, conformément à la procuration; c'est l'assimilation complète du mandat et de la représentation, si bien que cet élément est présenté dès lors comme déterminant, qu'il apparaît donc suivant la loi, comme devant servir à distinguer le mandat des contrats de travail ou d'entreprise, dans les cas où la solution a pu sembler douteuse.

L'article 1984 serait encore, s'il en était besoin, étayé par l'article 1990 qui nous dit que « les femmes et les mineurs émancipés peuvent être choisis pour mandataires »; pourquoi? sinon parce que l'obligation qui naîtra du contrat intervenu n'affectera pas leur patrimoine, mais celui de la personne qu'ils représentent ¹⁰⁵.

95. — Une doctrine nombreuse également, se fondant d'ailleurs sur le texte de l'article 1984 du code civil, est venue affirmer une pareille assimilation du mandat et de la représentation ¹⁰⁶; ceci nous explique pourquoi les auteurs ne parlent de la représentation que lors de l'étude du contrat de mandat, et qu'ils aient négligé d'en établir une théorie générale.

« Il y a mandat, dit Laurent, quand le débiteur fait un acte pour le créancier qu'il représente à l'égard des tiers, avec lesquels il traite au nom de celui

(105) PLANIOL, *Traité élémentaire*, t. II, n° 2240.

(106) LAURENT, *Principes de droit civil*, t. XXVII, 3^e édit., p. 374; AUBRY et RAU, t. 6, 5^e édit., p. 155; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Traité des contrats aléatoires : mandat*, p. 172; TOULLIER, *Le droit civil français*, t. 19, p. 305 et s. Cf. aussi en Italie, CHIRONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, 2^e édit., II, § 344.

qui l'a chargé de le représenter; le débiteur qui loue ses services ou qui s'oblige à faire un ouvrage travail, il est vrai, pour le maître, mais il ne le représente pas, il n'agit pas en son nom » ¹⁰⁷. Le mandataire reçoit le pouvoir de représenter le mandant à l'effet de l'obliger envers les tiers et d'obliger des tiers envers lui ¹⁰⁸.

96. — La concordance habituelle de la représentation et du mandat est d'ailleurs une vérité qui n'est pas niable; quand le mandataire est chargé par le mandant d'accomplir un acte juridique pour le compte de ce dernier, il est, sans aucun doute, bien plus simple qu'il agisse au nom du mandant lui-même, de manière à ce que les effets des actes effectués tombent directement dans le patrimoine de celui-ci; sinon, l'opération nécessiterait des transports de droits et d'obligations entre les deux parties, ce qui est contraire aux règles de la simplicité juridique et de la rapidité des opérations réalisées. Que tel soit aussi le but visé par les parties dans la grande majorité des cas, c'est un fait incontestable ¹⁰⁹; si on peut encore dissocier la volonté de faire d'un individu son mandataire et celle d'en faire son représentant, cette dissociation sera purement formelle; en réalité, la volonté est une; le mandataire apparaît alors, dans le mandat, plus qu'une contre-partie du mandant, tenu envers lui à certaines prestations de services, comme le premier est tenu au paiement d'une rémunération

(107) LAURENT, loc. cit.

(108) AUBRY et RAU, loc. cit.

(109) CARBONI, Carattere differenziale tra mandato e locazione d'opera. *Rivista di diritto civile*, 1915, p. 440 et p. 451, n° 19.

(puisque nous examinons l'hypothèse du mandat salarié); contre-partie, le mandataire l'est certes dans les rapports entre lui et son mandant, rapports auxquels devrait se résoudre le contrat de mandat; mais vis-à-vis des tiers, il ne présente plus le même caractère : ses intérêts, sa volonté, doivent être semblables à ceux du mandant, leur but doit être commun; comment alors parler de contre-partie ? Cette communauté d'intérêts caractérise au premier chef la représentation.

Une autre idée pouvait également contribuer à rapprocher la représentation et le mandat, car elle est commune à ces deux institutions juridiques : l'idée de confiance; elle ne manque pas de contenir une réelle valeur pour tous les contrats ¹¹⁰. Cette confiance fut la caractéristique originaire du contrat de mandat, et celui-ci, malgré la rémunération qu'il peut actuellement comporter, n'a cependant pas encore perdu tout son aspect premier; c'est même un des motifs pour lesquels on l'a retenu pour le faire jouer au cas de services rendus par certaines professions libérales. Cette même idée apparaît aussi au cas de représentation; s'il est normal que vous ne fassiez agir pour votre compte que des gens en qui vous avez confiance, cela est d'autant plus indispensable lorsque cette activité sera celle d'un représentant et que les actes juridiques sur lesquels elle aura porté se réaliseront directement en votre patrimoine, sans que vous puissiez renoncer à en subir les effets; les volontés du représenté et du représentant sont donc

(110) GOUNOT, *op. cit.*, p. 162.

concordantes, leur conception du but à atteindre doit être la même.

97. — *Jurisprudence.* — Notre jurisprudence ne peut que nous inciter à croire indéniable la solution du code civil, car elle établit de façon constante l'assimilation du mandat et de la représentation¹¹¹; ou plutôt de représentation, elle ne parle pas le plus souvent, mais le terme de représentation est remplacé par celui de mandat. On pourrait croire que partout où il y a représentation, il doit y avoir mandat et réciproquement. Les formules employées par nos tribunaux sont à cet égard très nettes et constituent vraiment des arguments formels en faveur d'une pareille solution. « Le caractère essentiel de ce contrat (mandat), dit la cour de cassation, consiste dans le pouvoir donné au mandataire de représenter le mandant »¹¹². La cour de Paris, dans un arrêt récent, a également employé une formule décisive¹¹³ : « Le mandat est un contrat consensuel qui implique le pouvoir donné au mandataire de représenter le mandant et d'agir en ses lieux et place et en son nom ». En se prononçant en ce sens, la jurisprudence se soumet, en fait, aux réalités; elle constate, sans aucun doute possible, que, dans la très grande majorité des cas, le mandat repose essentiel-

(111) Rouen, 17 mai 1871, D. 1873. 2. 176; Cass. civ. 14 avr. 1886, S. 1887. 1. 76; Cass. civ. 15 juin 1898, S. 1899. 1. 209; Montpellier, 19 févr. 1924, DH. 1924, 380; Paris, 22 févr. 1926, Gaz. Pal. 1926. 1. 668. — Confusion également entre mandat et représentation dans la jurisprudence belge, voir en ce sens : Gand, 9 févr. 1907, Rép. not. 1907; Liège, 27 nov. 1907, Pasier. 1908. 2. 273.

(112) Cass. civ. 14 avril 1886, préc.

(113) Cr. appel de Paris, 22 févr. 1926 précité.

lement sur le droit et le fait de représenter. Elle obéit à la vertu supérieurement pratique de la représentation. Il est bien certain qu'en son état actuel la jurisprudence ne semble pas du tout décidée à changer ses positions.

98. — La représentation apparaissant comme déterminante du mandat, les tribunaux se servent de ce critérium pour distinguer ce contrat des contrats de travail et d'entreprise. On peut aisément constater en effet que, dans les nombreuses professions dont le titulaire est qualifié de mandataire, ce titulaire est aussi représentant de la partie qui emploie ses services; les cas sont ici innombrables de pareilles solutions et nous ne pouvons évidemment avoir la prétention d'en énumérer même le plus grand nombre. Citons, par exemple, le cas de l'architecte : il est bien certain que lorsqu'il règle les mémoires présentés par l'entrepreneur, il n'entend pas s'engager personnellement, puisqu'il effectue un paiement au compte de son client et en son nom, de manière à ce que celui-ci puisse jouir de l'ouvrage réalisé. La jurisprudence, se basant sur cet élément de représentation, qualifie l'architecte de mandataire¹¹⁴, et lui applique donc les règles de ce contrat. Tel encore le fait du courtier d'assurances qui verse les primes à la compagnie, signe les polices, reçoit les indemnités au cas de sinistre au nom de l'assuré; ici encore les décisions des tribunaux qualifient le

(114) Cf. Trib. civ. Seine, 2 févr. 1903, Rec. Gaz. des trib. 1903. 2^e sem. 2. 181; 17 janv. 1914, Gaz. Pal. 1914. 1. 625. Cf. *infra* Chap. V. Sect. I, n^o 129.

professionnel de mandataire¹¹⁵. Elles jugent tels également les agents d'assurances, qui représentent leurs compagnies dans une région déterminée et qui ont pour mission de rechercher des personnes susceptibles de passer un contrat d'assurance¹¹⁶. Sont également qualifiés de mandataires, le capitaine de navire qui représente l'armateur¹¹⁷; le directeur d'une société anonyme qui, s'il n'est pas à proprement parler un représentant de la société, agit en fait comme un représentant lorsqu'il passe un contrat¹¹⁸. Voilà un ensemble d'activités professionnelles caractérisées par le fait que ceux qui déploient leur savoir faire, qui travaillent pour autrui, agissent en représentants; il semble donc bien qu'en les qualifiant de mandataires, la jurisprudence fasse de la représentation l'élément déterminant du mandat.

§ 2. — *Appréciation des solutions du droit positif.*

I. — Existence du mandat non représentatif.

99. — Que penser tout d'abord de la solution donnée par l'article 1984 ? d'après laquelle le mandat est essentiellement représentatif. Est-ce là réellement la seule forme possible de mandat et le man-

(115) Trib. Seine, 24 janv. 1892, S. 93. 2. 90; Paris, 5 juil. 1892, D. 1893. 2. 407. Cf. aussi thèse SÉGUIN, Paris 1926, Le courtier d'assurances terrestres, référ. d'arrêts, p. 66.

(116) Les tribunaux jugent le plus souvent que le contrat qui le lie à sa compagnie est un mélange de louage de services et de mandat : Orléans, 2 mars 1898. Cf. infra.

(117) CHARVÉRIAT, Annales de droit commercial, I, 1887, p. 241 et s. Cf. infra, § 2, II, n° 117.

(118) Cf. les arrêts cités par LYON-CAEN et RENAULT, Traité de droit com., 5^e édit. Tome 2, n° 2, p. 596, note 1.

dataire ne peut-il jamais agir en son propre nom ? De nombreux auteurs n'ont pas pensé qu'il fallût donner un sens restrictif aux termes de l'article 1984, mais que cette disposition n'envisageait qu'une seule des formes du mandat, celle qui est d'ailleurs la plus commune et la plus simple¹¹⁹. « La définition de l'article 1984, dit M. Guillaud, suppose que le mandataire, dans notre droit moderne, agit toujours au nom du mandant; or si telle est bien la forme ordinaire du mandat, ce n'est pas la seule forme qu'il puisse prendre et les parties peuvent convenir que le mandataire agira en son nom pour le compte du mandant »¹²⁰. La même idée est également présentée par M. Planiol : « la définition de l'article 1984 ne convient donc qu'à une seule variété, au mandat ostensible ou mandat représentatif, et pour l'étendre, il conviendrait de dire que le mandant charge le mandataire d'agir en son lieu et place, l'emploi du procédé représentatif pouvant bien servir à distinguer deux variétés de mandats, mais ne devant pas figurer dans une définition générique du contrat »¹²¹.

100. — Il est donc nécessaire de distinguer deux formes de mandats¹²² : le mandat représentatif, le seul envisagé par le code civil dans son article 1984, mandat ordinaire ou mandat au sens strict, et d'au-

(119) GUILLOUARD, Du mandat, p. 322, n° 7; COLMET DE SANTERRE, T. XIII, n° 201 bis, IV-VII; MASSÉ et VERGÉ sur Zachariae, § 750, note 1; DELAMARRE et LÉPOITVIN, Du contrat de commission, T. I, n° 26, T. II, n° 352; TROPLONG, Traité du mandat, p. 19 et s.; Paul PONT, Petits contrats, n° 798, 825, 827.

(120) GUILLOUARD, loc. cit.

(121) PLANIOL, Traité élément. T. II, n° 2231, p. 745.

(122) JOSSE-RAND, T. II, p. 665, n° 1395.

tre part le mandat sans représentation ou mandat au sens large ¹²³.

La convention de prête-nom en droit civil, la commission en droit commercial sont des mandats sans représentation, où le mandataire agit en son nom personnel. La convention de prête-nom ¹²⁴ est la convention intervenue entre deux personnes dont une, le prête-nom, s'engage à agir pour le compte du maître, mais sans dévoiler la personnalité de celui-ci et de manière à ce que le tiers ne croit pas contracter en réalité avec un représentant, mais avec le véritable dominus. Le prête-nom contracte donc en son nom personnel. Le but poursuivi par les parties peut être très variable : le commettant, par exemple, désire ne pas révéler sa personnalité, il préfère mettre en avant celle de son mandataire, car il sait qu'à celui-ci seront faites des conditions particulièrement avantageuses alors qu'au contraire, lui-même n'aurait aucune chance d'obtenir une heureuse conclusion de l'affaire désirée. Ce peut-être aussi un but moins louable, et même un but condamné par la loi. En principe la simulation est licite ¹²⁵, elle n'est pas une cause de nullité du contrat ¹²⁶, la convention de prête-nom est donc valide, à moins que le but du mandant n'ait été de tourner la loi ou de frauder les droits des tiers; ce sera le cas du mandant qui veut réaliser par l'intermédiaire

(123) CARBONI, op. cit., p. 437.

(124) LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, Du prête-nom. Thèse Caen 1898; COSTES A., Du prête-nom. Thèse Paris 1891; R. BEUDANT, note au Dalloz 1893. 1. 369.

(125) Civ. 21 juin 1897, D. 1897. 1. 557.

(126) DEMOLOMBE. T. XXIV, n° 370; AUBRY et RAU, T. I, § 35.

de son prête-nom un acte qu'il ne lui serait pas permis de faire ostensiblement; le prête-nom ne peut servir à rendre valable un acte qui serait illicite si le mandant l'avait fait lui-même. « L'acte simulé ne peut pas valoir davantage que l'acte ostensible »¹²⁷.

Seul le prête-nom est entré en relations avec les tiers et ceux-ci n'ont d'action que contre le mandataire¹²⁸; on ne leur permet même pas de prouver l'existence d'un mandat dissimulé entre le prête-nom et le véritable maître de l'affaire, sauf le cas de simulation frauduleuse¹²⁹, où les tiers jouissent de tous les moyens de preuve pour établir l'existence de ce rapport¹³⁰. Le fait que le prête-nom va devenir lui-même créancier ou débiteur implique que l'on ne saurait lui appliquer l'article 1990 du code civil, car il doit avoir la capacité personnelle de s'obliger. Toutefois le mandataire a pu agir en son nom personnel, mais cette manière d'agir n'a pas eu pour conséquence d'induire les tiers en erreur sur la véritable personnalité du contractant; ceux-ci ont parfaitement connu que le prête-nom n'agissait pas pour lui, mais bien pour son maître sur qui devaient porter les effets du contrat passé. Il ne suffit pas, selon nous, qu'ils aient eu cette connaissance, mais il faut de plus qu'ils aient entendu contracter avec le véritable bénéficiaire de l'opération. Si ces conditions étaient réunies, on se trouverait en

(127) JOSSEKAND, Cours de drt civ., T. II, n° 1436.

(128) Req. 11 mars 1890, D. 1893. 1. 369, note de BEUDANT.

(129) Cass. 15 avt. 1891. D. 1892. 1. 238.

(130) AUBRY et RAU, 4^e édit. T. 8, § 765.

présence d'un mandat ordinaire¹³¹, comportant représentation; les tiers ayant contracté auraient une action directe contre le bénéficiaire réel de la convention. Les relations entre un prête-nom et son commettant sont semblables à celles qui existent entre un mandataire et son mandant. Il n'existe en principe que des rapports internes entre ces deux parties; le mandataire est donc devenu lui-même créancier ou débiteur des tiers, et une transmission de ses droits et de ses obligations sera nécessaire en la personne du mandant¹³².

101. — La commission, en droit commercial, se présente aussi comme un mandat non représentatif; mais ce mandat peut cependant être distingué de la convention de prête-nom : cette convention peut être qualifiée de mandat dissimulé, de mandat secret¹³³, dans l'accomplissement duquel rien ne transpire vis-à-vis des tiers de l'accord intervenu entre les parties. La commission commerciale, au contraire, est un mandat ostensible, le commissionnaire est « un mandataire avoué »¹³⁴; les parties contractantes savent parfaitement qu'il existe derrière lui une autre personne qui doit jouir effectivement des contrats intervenus; et cependant le com-

(131) Civ. 9 févr. 1848, D. 1848. 1. 97; PLANIOL, *Traité élém.* t. II, n° 2272. — Cependant Req. 25 janv. 1864, D. 1864. 1. 282, S. 1864. 1. 105; AUBRY et RAU, 5^e édit. T. 6, p. 157.

(132) Cf. cependant l'opinion de M. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *op. cit.*, p. 167.

(133) Cette expression nous semble en effet bien préférable à celle de commission civile employée par PONT, *Petits contrats*. T. I, p. 401 et 418; VALÉRY, *Des caractères distinctifs du contrat de mandat*. Thèse Aix 1898, p. 108.

(134) JOSSERAND, *op. cit.* T. II, n° 1433 et 1434.

missionnaire ne représente pas son commettant, car les tiers ont bien entendu contracter avec le commissionnaire, ils ont pris en considération sa solvabilité, ils n'ont donc pas entendu être liés envers le véritable commettant. Au reste, d'ailleurs, c'est bien le but de celui qui a utilisé les services d'un commissionnaire, parce que ce dernier avait des facilités bien plus grandes de se mettre en relations avec d'autres commerçants, d'autres industriels; le commissionnaire achète directement au fabriquant, en grandes quantités; il jouit de certains avantages dans les commandes passées.

La commission en droit commercial correspond au mandat en droit civil¹³⁵, mais en règle générale, le commissionnaire exécute son mandat en son nom personnel¹³⁶, précisément pour que le mandant béné-

(135) WAHL, Précis de droit commercial, Paris 1921, p. 456; LYON-CAEN et RENAULT, Traité de droit commerc. 5^e édit. T. III, p. 412, n^o 412.

(136) La distinction établie par le code de commerce italien entre le mandat commercial et la commission semble difficile à approuver, car la commission ne présente pas un aspect juridique autre que celui du mandat. Mais dans son article 349, le code de commerce italien définissant le mandat commercial dit qu'il a pour objet « la passation d'affaires commerciales pour le compte et au nom de mandant » tandis qu'en parlant de la commission (article 381) il s'exprime ainsi : « le commissionnaire est obligé directement envers la personne avec laquelle il a contracté comme si l'affaire fut la sienne », et « le commettant n'a pas d'action envers les personnes avec lesquelles le commissionnaire a contracté, pas plus que celles-ci n'ont d'action contre le mandant ». La différence entre le mandat commercial et la commission dans le code de commerce ne regarde donc que les rapports avec les tiers : sera-ce le commissionnaire ou le commettant qui sera directement obligé envers les tiers ? ce qui n'empêche pas que la commission est bien aussi un mandat commercial. A. SRAFFA, Il mandato e la rappresentanza nel codice di commercio. Firenze 1898, p. 8 et 12. On sait au contraire que notre code de commerce n'a pas fait cette distinction de façon expresse, que la commission est admise comme le terme générique qui doit désigner tout mandat commercial, aussi bien celui exécuté au nom du mandant que celui au nom du mandataire.

ficie des avantages que nous venons d'indiquer, qui ne sont accordés qu'au commissionnaire. Tel est bien le sens d'ailleurs de l'article 94 du code de commerce, alinéa I. « Le commissionnaire est celui qui agit en son propre nom ou sous un nom social pour le compte d'un commettant » ; aussi réserve-t-on souvent, dans l'usage courant, le nom de commissionnaire à celui qui agit pour le compte d'une autre personne en son nom personnel. Certains auteurs auraient même voulu voir dans la manière différente suivant laquelle agit le commissionnaire le critère de distinction entre le mandat et la commission¹³⁷ ; mais ce serait attacher trop d'importance à l'agissement au nom d'autrui ou en nom personnel ; et de plus l'alinéa 2 de l'article 94 du code de commerce vient corriger la disposition de son alinéa 1^{er} en disant que les devoirs et les droits d'un commissionnaire qui agit au nom d'un commettant sont déterminés par le code civil, Livre III, titre XIII, qui est le titre du mandat, mais dont nombre d'articles envisagent tout spécialement le cas du mandat représentatif. Si le commissionnaire agit au nom du mandant, il se trouve soumis aux dispositions du code civil. La distinction réelle entre le mandat et la commission vient de la nature des opérations qu'il s'agit d'effectuer : ces opérations sont-elles des actes de commerce ? en ce cas il y a contrat de commission ; au contraire, ces opérations sont-elles des opérations civiles ? il y a contrat de mandat. D'ailleurs

(137) PLANIOL, *Traité élément.* T. II, p. 745, note 3 ; VALÉRY, *op. cit.*, p. 108 et 114 ; BRAVARD-VEYRIÈRES. T. II, p. 230-234.

pour que le contrat soit commercial, en ce qui concerne la personne du commissionnaire, il faut une condition supplémentaire : que celui-ci ait comme profession d'accomplir de pareilles affaires pour autrui, car la loi ne prend en considération que l'entreprise de commission (article 632 du code de commerce).

La commission est bien une variété de mandat ¹³⁸, ce qui nous prouve donc que le mandat peut exister sans représentation. Est-on incertain sur le point de savoir si le commissionnaire a agi en son propre nom ou au nom de son commettant ? On doit présumer qu'il a effectué l'opération « *proprio nomine* » ; le droit commercial offre ainsi une règle différente de celle du droit civil, où la présomption est justement contraire : le mandataire du droit civil, en cas de silence de la convention intervenue entre les parties, est présumé avoir le droit d'agir au nom de son mandant ¹³⁹. La distinction est évidemment d'importance capitale, car si le commissionnaire a contracté « *proprio nomine* », les effets du contrat vont frapper directement son patrimoine, dont il devra postérieurement rendre compte à son commettant.

(138) Il y a toutefois de forts intérêts pratiques à distinguer le mandat et la commission. Cf. LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit com.* 5^e édit. T. III. La commission est présumée salariée, au contraire du mandat. A la différence du mandataire, le commissionnaire a un privilège contre le commettant en vertu de l'article 95 du code de commerce. La responsabilité du commissionnaire est moins lourde au cas où il s'est substitué un tiers dans la réalisation de l'opération que celle du mandataire qui exécute une substitution : le commissionnaire ne répond que de l'insolvabilité du substitué au moment de sa désignation.

(139) TARTUFARI, *Della rappresentanza nella conclusione dei contratti*, dans *Archivio Giuridico*, 1891, tome 46, p. 118.

102. — Que la convention de prête-nom et la commission soient des variétés de mandats où n'existe pas le procédé représentatif, cela nous prouve donc que la représentation ne doit pas être choisie comme caractère déterminant dans une définition générique du contrat de mandat, qu'elle n'est pas de l'essence de ce contrat ¹⁴⁰. Nous avons ainsi résolu par la négative la question suivante : partout où il y a mandat, doit-il y avoir représentation ?

II. — Représentation sans mandat.

103. — Mais nous ne pouvons pas nous en tenir là, et nous devons également apprécier la proposition réciproque : partout où il y a représentation, doit-on découvrir un mandat ? en d'autres termes, l'existence du procédé juridique de la représentation est-il indissolublement lié au contrat de mandat ? La réponse à cette question est, nous le verrons, essentielle, notamment quant aux conventions ayant pour objet l'activité professionnelle et comportant de façon certaine le procédé de la représentation ; car il importe de savoir, et de manière précise, si l'existence d'un pareil procédé doit, inéluctablement, nous conduire à qualifier ces conventions de mandats, alors qu'en fait elles présentent d'autres caractères qui sont peu favorables à cette assimilation.

Une première observation va, dès l'abord, nous faire préciser la portée diverse du mandat et de la représentation, nous allons constater de façon indé-

(140) SRAFFA, *op. cit.*, p. 6.

niable que l'un et l'autre ont une projection toute différente dans l'espace juridique : si l'on qualifie en effet les parties de mandant et de mandataire, c'est que l'on entend envisager, avant tout, le côté interne du rapport créé entre eux, c'est-à-dire les obligations qui sont nées entre eux comme contractants, de même que dans tout autre contrat synallagmatique; au cas de mandat sans représentation, c'est même le seul point de vue auquel on puisse se placer en partant du terme de mandat. Mais si on donne aux parties les noms de représentant et de représenté, alors on envisage exclusivement le côté externe du rapport¹⁴¹, c'est-à-dire les relations du représentant avec les tiers en raison du pouvoir attribué à ce dernier. Le but de ces deux rapports est donc tout différent; dans l'un, le mandat, il y a un objectif interne, obliger le mandataire à travailler, à agir pour le compte du mandant, action dont il devra rendre compte; dans l'autre, la représentation, l'objectif est externe, la création d'un lien entre le principal et le tiers par l'intervention du représentant. Envisage-t-on le mandat ou la représentation ? et le nombre des volontés qui entrent en concours pour la formation du rapport pris en considération n'est plus le même; dans le mandat, en effet,

(141) Cf. JHERING, *Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte* dans *Jarbücher für die Dogmatik*, I, p. 313 : « Les deux conceptions (de mandat et de représentation), même dans le cas où elles coïncident, désignent deux côtés entièrement différents d'un même rapport. Mandataire et mandant désignent le rapport relatif à deux personnes, le côté interne du rapport; représentant et principal désignent au contraire leur qualité au regard des tiers, le côté externe du rapport. Un côté est sans influence sur l'autre et en est absolument distinct. »

seules deux volontés interviennent, celles du mandant et celle du mandataire, et cela est normal puisque de leur convention il ne doit naître de relations qu'entre ces seules parties. Mais toute différente apparaît la représentation : ici un concours de deux volontés, n'est plus suffisant, car le tiers contractant se trouve lié envers le principal et participe effectivement à la création du rapport; ici donc trois individus vont concourir à cette création.

104. — Au reste, les auteurs français sans avoir expressément distingué mandat et représentation, ont cependant bien séparé les obligations qui naissent entre le mandant et le mandataire d'une part et celles qui existent entre le mandant ou le mandataire et les tiers d'autre part¹⁴². Cette distinction entre les deux côtés interne et externe du rapport créé ne résoud pas toute la question d'unité essentielle du mandat et de la représentation¹⁴³. Elle sépare certes, au point de vue de leur portée mandat et représentation, mais elle ne nous dit aucunement si l'un et l'autre sont divisibles ou non; il ne suffit pas de savoir que la représentation suppose l'intervention d'un tiers et par cela même comporte un élément de plus que le mandat, car cela ne nous dit aucunement si la représentation peut exister en dehors du mandat, rapport interne entre les parties, si, à sa base, on peut découvrir des relations de

(142) GUILLOUARD, *Traité des contrats aléatoires et du mandat*; LAURENT, Chap. III, T. 27 et chap. IV. T. 28; chap. V, T. 28.

(143) PILON, *op. cit.*, p. 287.

représentant à représenté qui ne sont pas celles de mandant à mandataire.

105. — Mais on peut pousser plus loin la distinction proposée par Ihering du côté externe et du côté interne du rapport créé entre les parties. Ce ne sont pas seulement deux aspects d'un même rapport, mais bien deux rapports tout à fait différents¹⁴⁴, qui ne coïncident pas nécessairement. « De tout ceci il suit qu'il peut y avoir mandat sans pouvoir de représenter, ou pouvoir de représenter sans mandat, ou enfin que mandat et représentation peuvent co-exister. Il y a donc une séparation nette entre ces conceptions; ce sont des actes juridiques totalement différents, ayant un objet et des effets différents »¹⁴⁵. Mais quelle base doit-on donner alors à la représentation ? Laband lui donne une base contractuelle, il l'érige en contrat consensuel distinct et autonome, « en vertu duquel les contractants s'engagent à ce que les actes juridiques que l'un d'entre eux, le représentant, fera au nom de l'autre, le représenté, devront être envisagés, quant à leurs effets, comme ayant été réalisés par celui-ci même »¹⁴⁶.

106. — Mais nous sommes dans l'obligation de considérer que notre droit positif nous interdit pour le moment une pareille conception, car il ne connaît pas du tout le contrat de représentation. Il faut, dans tous les cas, trouver à ce procédé une base contrac-

(144) LABAND. Die Stellvertretung nach dem D. H. G. B., dans la Zeitschrift für das gesammte Handelsr. 1866, X, p. 204.

(145) LABAND, op. cit., p. 208.

(146) LABAND, loc. cit.

tuelle; la représentation en effet ne constitue pas elle-même, en droit français, une entité juridique distincte, un rapport de droit autonome, mais elle co-existe toujours avec un contrat liant le représentant et le représenté. C'est que, s'il est indéniable que les effets de la représentation soient différents de ceux du mandat, il apparaît, en revanche, que l'objet des deux rapports est le même; si je vous donne mandat de vendre ma maison et, en la vendant, de me lier directement envers l'acheteur, on voit bien que l'objet du mandat forme aussi celui de la représentation; seulement la représentation est utilisée pour rendre l'exécution du mandat directement efficace; le mandat apparaît comme la cause de la représentation, sa raison concrète. Le mandant doit évidemment avoir un but à son action et il doit être aussi tenu de fournir ses services et il le sera en vertu d'un contrat, qui l'obligera, précisément, envers le maître à certaines prestations d'activité.

107. — Le droit anglais, au contraire, est parvenu à ériger la représentation en rapport autonome sous le nom « d'agency »¹⁴⁷; le rapport liant « l'agent » au « principal »¹⁴⁸ est distinct de tout autre rapport et si l'on devait le rapprocher d'un contrat quelconque, ce serait bien plutôt des liens qui existent entre

(147) LÉVY-ULLMANN, Contribution essentielle du droit anglais à la théorie générale de la représentation dans les actes juridiques. « La principale originalité du droit anglais, nous dit cet auteur, est que la représentation y constitue, sous le nom d'agency, une institution juridique, acte à part, sui generis et exclusive de tous autres rapports d'obligation la comportant, tels que le mandat ou la gestion d'affaires ». L.-U, p. 344.

(148) Les termes « agent » et « principal » en anglais n'ont pas d'équivalents exacts en langue française. Cf. CURTI, Droit civil et commercial anglais. T. II, p. 39.

master et servant¹⁴⁹ que de ceux qui pourraient découler du mandat, car l'agency comporte une rémunération qui peut se déduire des circonstances mêmes de la cause¹⁵⁰, alors que le mandat lui est en principe gratuit. Le corps juris du droit anglais d'ailleurs ne comporte pas de mandat¹⁵¹. Par la seule création du rapport d'agency, l'agent est tenu à certains services envers le principal. « Cette autre personne (l'agent) s'engage à exercer les pouvoirs qui lui ont été conférés et à suivre dans cet exercice toutes les instructions qui pourraient lui être légalement données par la première personne mentionnée »¹⁵². La représentation a ainsi acquis en droit anglais un aspect particulièrement original qui n'a pas son équivalent dans les législations continentales, au moins en tant qu'entité juridique indépendante.

108. — En droit français, par contre, on ne peut songer à donner à la représentation une base contractuelle autonome; mais on peut cependant, croyons-nous, parvenir à prouver que son existence ne devrait pas être indissolublement liée à celle du mandat. La concession du pouvoir de représenter est, avant tout, une déclaration unilatérale de volonté, et, en reprenant l'analyse que nous en avons faite, on se rend compte que cette déclaration qui est la source même de la représentation émane di-

(149) DELANGLE DE LA VILLE GAUDIN, De la représentation en droit anglais. « Agency ». Thèse Paris 1923, p. 20.

(150) The laws of Englands. T. I, p. 193.

(151) LÉVY-ULLMANN, op. cit., p. 345.

(152) W. BOWSTEAD, Encyclopedia of the laws of England. T. XI, p. 846.

rectement du représenté; or cette déclaration co-existe, nous ne le nions pas, et dans la majorité des cas, avec la déclaration même du mandant qui « provoque une personne, le mandataire, à se lier avec elle »¹⁵³. Mais ce qui particularise la déclaration unilatérale relative au droit de représenter, c'est qu'elle n'est pas seulement destinée au représentant lui-même, mais avant tout orientée vers les tiers; elle constitue la procuration sur laquelle les tiers se baseront pour entrer en relations avec le représenté lui-même par l'intermédiaire du représentant. Voilà où réside son autonomie par rapport à la dation de pouvoir d'agir que comporte le mandat et qui lui est fréquemment concordante¹⁵⁴, car en pratique il faut bien admettre que tout cela sera réuni dans un seul et même acte¹⁵⁵.

109. — Mais la déclaration unilatérale de volonté n'est pas suffisante pour créer un effet de droit, il faut aussi qu'intervienne la volonté du représentant; celui-ci doit avoir une obligation d'agir en faveur du maître de l'affaire, mais cette obligation ne dérive pas pour lui du seul fait qu'il a reçu pouvoir de représenter, pouvoir qui lui constitue son titre à se

(153) PILON, *op. cit.*, p. 288.

(154) Dès lors les critiques de M. PILON, *op. cit.*, p. 287-288, ne valent plus; il accuse les partisans de la déclaration unilatérale de volonté comme fondement de la représentation, de se placer à deux époques différentes suivant qu'ils jugent de celle-ci ou du mandat; pour la représentation, ils se placent à la source du rapport; pour le mandat, à sa formation et on comprend, dès lors, qu'au mandat ils puissent donner une base contractuelle et non à la représentation. Si on veut être logique dans la comparaison que l'on établit, il faut évidemment se placer au même point de vue; c'est ce que nous avons fait en envisageant en même temps les sources des deux rapports.

(155) TARTUFARI, *op. cit.* dans *Arch. giurid.* 1891. T. 46, p. 120.

présenter devant les tiers au nom du représenté. Le représentant fournira son activité au représenté, parce que il est d'autre part lié envers celui-ci par un contrat où il a pris l'engagement de se soumettre aux directives de son cocontractant qui utilise ses services. La base conventionnelle de la représentation est donc le contrat auquel est jointe la cession de pouvoir. Mais dès lors tout contrat qui oblige à une prestation de services devrait pouvoir comporter le procédé juridique de la représentation¹⁵⁶; il ne faut donc pas créer au mandat un monopole de ce procédé, du moment que l'on admet que leur source est distincte¹⁵⁷. Les contrats de services tels que le contrat de travail et celui d'entreprise ne comportent-ils jamais le procédé représentatif ? Ce n'est pas nous le croyons, le lien de subordination qui créerait une impossibilité à l'admettre, car, en droit anglais, on conçoit bien qu'il y ait représentation entre des individus dont l'un est subordonné à l'autre et même de façon assez stricte; mais alors bien souvent, il est vrai, celui qui agit n'a plus aucune part de volonté à la formation de l'acte qu'il doit effectuer, il n'est donc plus un véritable représentant, au sens propre du terme. Mais nous aurons à nous demander si les contrats de services ne sont pas caractérisés par la réalisation d'actes matériels et l'absence de passation d'actes juridiques. On voit alors comme notre question actuelle est entièrement

(156) PILON, *op. cit.*, p. 293; CURTIUS, *Die Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen*, in *Archiv. für civilist. Praxis*, 1875, p. 80 et s.; SCHLOSSMANN, *Die lehre von der Stellvertretung*, I, p. 42.

(157) DELANGLE DE LA VILLE GAUDIN, *op. cit.*, p. 20.

liée à ce problème, car la représentation ne peut évidemment s'entendre que des actes juridiques, producteurs d'effets de droit, par le concours des volontés des parties. Et donc, si nous concluons à l'affirmative de la proposition envisagée, que les actes juridiques ne sauraient faire l'objet d'un contrat de travail ou d'entreprise, nous serons également dans l'obligation de rejeter le procédé représentatif comme pouvant coexister avec ces contrats, sans qu'il faille d'ailleurs pour cela invoquer l'assimilation exclusive du mandat et de la représentation.

110. — La déclaration de volonté du représenté qui est la source du phénomène représentatif a, on l'a vu, pour but certain de viser les tiers, de les autoriser à contracter avec le représentant en toute sécurité, avec l'assurance que le représenté lui-même jouira des droits créés par la convention et répondra des obligations correspondantes. Au contraire, lorsque le dominus procède à la formation du contrat de mandat, sa déclaration ne s'adresse qu'au mandataire; d'où va surgir une différence remarquable entre mandat et représentation : le pouvoir de représenter peut survivre au mandat¹⁵⁸. Le mandant peut en effet avoir révoqué le mandat et fait connaître sa révocation au mandataire, lui ôtant également son pouvoir de représenter; mais il a négligé de porter sa décision à la connaissance des tiers; si, malgré la révocation, le mandataire se présente aux tiers comme contractant au nom du représenté,

(158) PILON, *op. cit.*, p. 292; TARTUFARI, *op. cit.* dans *Arch. Giuridico*, 1891, p. 119.

ce dernier sera tenu des contrats passés. Les tiers contractants ne doivent pas en effet subir les conséquences d'une négligence du mandant, (articles 2005 et 2009 du code civil). L'article 2005 s'exprime ainsi : « La révocation signifiée au seul mandataire ne peut être opposée aux tiers qui ont traité dans l'ignorance de cette révocation, sauf au mandant son recours contre le mandataire. » Pour faire connaître aux tiers la révocation du pouvoir de représenter, l'intéressé doit le leur signifier par les moyens légaux à ce destinés; ou à défaut, par les moyens les mieux appropriés¹⁵⁹. Et d'ailleurs tandis que l'on présume que le mandataire a connu le fait extinctif de son mandat comme par exemple le décès du mandant¹⁶⁰, les tiers sont, au contraire, présumés ne pas avoir eu connaissance de ce fait, à moins qu'il ne s'agisse de l'extinction du pouvoir par l'arrivée du terme normal prévu dans la procuration elle-même¹⁶¹.

La solution devrait être semblable au cas où le mandat n'a pas été atteint par une révocation entière, mais où il s'est trouvé restreint à certains actes sans que les tiers aient été avertis de cette restriction. Ce serait donc un cas où mandat et représentation ne coïncideraient plus exactement, où la

(159) Req. 23 mai 1870, D. 1872. 5. 310; Req. 23 juin 1872, D. 1874. 1. 36; Paris, 18 juin 1911, S. 1911. 2. 309.

(160) Civ. 19 avr. 1845, D. 1845. 1. 122; Civ. 25 avr. 1864, D. 1864. 1. 182.

(161) Bordeaux, 2 juin 1869, D. 1870. 2. 220; S. 1870. 2. 4; Trib. com. d'Arles, 6 févr. 1900, Pand. fr. 1902, 1. 169; Req. 30 nov. 1925, DH. 1926, 54.

représentation conserverait des limites plus étendues que le mandat ¹⁶².

111. — Comment d'ailleurs parler de mandat où le représentant tient ses pouvoirs de la loi ? On voit cependant employer, même en cette hypothèse, le terme de mandat et on dit alors qu'il y a mandat légal. Un mandat est, par définition, une convention entre les parties où jouent leurs seules volontés, dont ils déterminent le but, l'objet. Mais la loi n'y intervient pas, sauf pour fixer certaines règles que les parties doivent observer dans l'exécution de leur contrat; ainsi dans les articles 1988, 1994, 1996, 2000 etc... Au contraire dans les hypothèses où c'est la loi elle-même qui vient établir le droit du représentant, ses pouvoirs, qui fixe de manière certaine l'objet de son activité, bref alors qu'il n'y a plus rien d'une situation contractuelle, comment peut-on employer le terme de mandat légal ? ce sont deux termes qui sont exactement à l'opposé l'un de l'autre ¹⁶³. Le mandat ne se comprend pas davantage au cas où, sans pouvoir et sans ratification du représenté, on va cependant voir jouer la représentation; c'est l'hypothèse que l'on peut rattacher à l'article 1375 de notre code civil, celle où l'acte du gérant a été utile au géré; le représenté doit répondre des engagements que le gérant a pris en son nom; il y a là « un véritable pouvoir de représentation légale » ¹⁶⁴.

(162) PILON, op. cit., p. 292.

(163) BONNECASE, Droit commercial maritime, p. 437. On parle aussi bien de mandataire légal ou judiciaire que de mandataire conventionnel; mais « l'idée de mandat évoque essentiellement l'idée de contrat et il est inexact de parler de mandat judiciaire et surtout de mandat légal. »

(164) PLANIOL et RIPERT, Traité pratique. T. 6, p. 81.

112. — Nous sommes donc autorisés à dire qu'il est inexact logiquement d'assimiler mandat et représentation et d'établir que partout où il y a représentation, partout il doit y avoir un contrat de mandat. Il faut bien cependant constater, qu'en droit positif français, du moment que se pose la nécessité de trouver à la représentation une base contractuelle qui en détermine l'objet et fixe au représentant ses obligations d'activité, le mandat apparaît, dans sa conception actuelle, comme devant fournir le plus fréquemment cette base. A cet égard, on pourrait le définir ainsi : le mandat est le rapport contractuel normal liant les parties dont l'une doit représenter l'autre et qui les oblige à réaliser une certaine fin par le moyen de prestations d'activité juridique déterminées.

III. — Représentation et mandat dans l'activité professionnelle.

113. — La représentation dans l'activité professionnelle doit-elle être toujours déterminante d'un mandat ? L'affirmative certes est très souvent exacte et nous l'avons déjà relevé en de nombreuses hypothèses ¹⁶⁵; tels les cas de l'architecte, du courtier d'assurances, du directeur d'une société anonyme. Dans toutes ces professions, la jurisprudence, sans aucun doute, envisage la représentation comme l'élément caractéristique du mandat.

Mais les tribunaux qualifient parfois de manda-

(165) Cf. *suprà*, Sect. II, § 1.

taires des professionnels qui ne sont pas du tout représentants. En ces hypothèses la qualification de mandataires d'ailleurs est-elle même, il est vrai, le plus souvent erronée. Un exemple très caractéristique à ce point de vue nous est fourni par les relations du notaire avec son client. Quelle est la nature du contrat intervenu entre eux ? L'activité notariale se présente du reste sous des formes extrêmement variées qu'il serait téméraire de vouloir ranger dans une seule catégorie contractuelle déterminée; en réalité la question est bien plus complexe. Le notaire apparaît avant tout comme un fonctionnaire public, quoique n'appartenant pas à la hiérarchie d'une administration; il présente bien en effet les caractères d'un agent d'un service public¹⁶⁶. Comme tout fonctionnaire, il est soumis à une certaine discipline qui s'exerce sous la forme d'une action disciplinaire partagée entre les tribunaux et les chambres des notaires. Il est également chargé d'un emploi normal et permanent¹⁶⁷, et cet emploi normal et permanent concerne le fonctionnement d'un service public¹⁶⁸; les notaires sont en effet chargés en raison de leurs fonctions permanentes, qu'ils tiennent du pouvoir souverain, d'une fonction publique intéressant l'ordre public, celle de recevoir les actes auxquels les parties doivent ou veulent conférer le caractère d'authenticité, attaché aux actes de l'auto-

(166) DUGUIT, *Droit constitutionnel*, 2^e édit., p. 416.

(167) JÈZE, *Principes généraux du droit administratif*, 3^e édit., p. 234.

(168) LE CORRE, *Situation juridique du notaire comme fonctionnaire public*. Thèse Rennes 1920.

rité publique, d'en assurer la date, le dépôt et d'en délivrer des grosses et des expéditions ¹⁶⁹. L'article 1^{er} de la loi du 25 ventôse an XI les qualifie de fonctionnaires publics; ils ne peuvent pas en cette qualité refuser leurs services au public ¹⁷⁰. Ces fonctionnaires rentrent d'ailleurs dans la catégorie des officiers ministériels ¹⁷¹. Or, tout comme pour les avoués, le caractère de fonction publique de leur charge n'empêche pas que vis-à-vis des particuliers qui ont recours à leurs services ils sont dans une situation contractuelle de droit privé, sans que l'on puisse évidemment nier une certaine part d'influence à leur fonction d'agents d'un service public. Ainsi théoriquement leur rémunération ne doit pas être supérieure à la taxe régulièrement établie par décret; en fait, d'ailleurs, cette taxe ne constitue, dans la majorité des cas, que la moindre part de leurs salaires qui ressemblent fort à ceux que l'on verse à un avocat ou à un médecin. L'avoué lui se trouve lié envers son client par un mandat que la jurisprudence qualifie de *sui generis* en raison des droits qu'il comporte (notamment quant aux pouvoirs extrêmement étendus de l'avoué en ce qui concerne les actes à effectuer au nom de son client) ¹⁷².

114. — Quelle est donc la nature du contrat passé

(169) Cette notion est en effet conforme à celle qu'exige M. HAURIU pour qu'existe le service public; « un service rendu au public d'une façon régulière et continue pour la satisfaction de l'ordre public et par une organisation publique ». HAURIU, Précis de droit administratif, 10^e édit., p. 25.

(170) JÈZE, op. cit., p. 262; HAURIU, op. cit., p. 595, note 4a.

(171) Cf. dans le sens de l'importance de la notion de contrat dans de pareilles charges, G. BICHOFTE, Fonction publique et contrat. Thèse Nancy 1927, p. 114 et s.

(172) Toulouse, 14 févr. 1925, DH. 1925, 298.

par le notaire rédacteur d'actes avec son client ? Un fait est indiscutable, le notaire ne représente pas ses clients : il serait vain de rechercher dans son rôle une volonté indépendante de celles des parties et véritablement efficace; les conventions qu'il rédige, les actes qu'il dresse « n'ont de valeur que par l'adhésion, la signature, la présence des parties qui les ont conclus. Jamais le notaire, en tant que notaire, ne conclut un acte au nom de son client; il fait toujours intervenir le client lui-même dont la volonté seule opère, dont la présence est nécessaire » ¹⁷³. La jurisprudence cependant lorsqu'elle a voulu qualifier le contrat intervenu entre un notaire et un particulier a fait très souvent appel au contrat de mandat ¹⁷⁴, et elle y recourt notamment lorsqu'il s'agit de se prononcer sur la responsabilité du notaire en raison de dommages survenus au client du fait que ce professionnel ne s'était pas préoccupé des conséquences extrinsèques à l'acte où à la convention rédigés ¹⁷⁵. Comme les tribunaux se trouvaient d'ailleurs en présence d'hypothèses où les parties étaient muettes sur la nature de la convention intervenue, ils se sont attribués le droit de déclarer que, d'après les circonstances de la cause, il était intervenu un mandat tacite entre les parties; c'est bien en ce sens en effet que la jurisprudence s'est maintes fois prononcée ¹⁷⁶.

(173) LABBÉ, Note au S. 1893. 1. 497.

(174) Cass. civ. 2 janv. 1924, S. 1924. 1. 109, note VIALLETON.

(175) Cependant le principe est que les notaires ne sont pas responsables des conséquences ou des formalités extrinsèques des actes reçus. Cass. civ. 18 nov. 1895, D. 96. 1. 16.

(176) Lyon, 20 mars 1900, D. 1901. 2. 201, note de PLANIOL; Trib. civ. du Rhône, 12 nov. 1926, D. H. 1927. 111; Req. 30 oct. 1928, D. H. 1928. 557.

Mais les jugements admettent avec une facilité très grande l'existence d'un mandat tacite, d'après des circonstances de fait que l'on peut s'étonner de voir invoquer pour établir l'existence d'un pareil contrat, l'ignorance des parties¹⁷⁷, la fréquence de leurs relations avec le notaire¹⁷⁸, l'habitude pour le notaire d'agir de cette façon, de remplir telle ou telle formalité¹⁷⁹, mais étant donné ces solutions, « c'est faire du mandat tacite la règle normale »¹⁸⁰. Le notaire peut évidemment, comme tout particulier, recevoir, en dehors des devoirs qui lui incombent du fait de sa charge, un mandat de la part de son client¹⁸¹, par exemple le mandat de trouver acquéreur d'une maison et de passer lui-même le contrat; il se rapproche bien souvent alors d'un agent d'affaires¹⁸²; mais, en tant qu'il agit comme notaire, fonctionnaire public, il n'est pas mandataire, pas plus pour les formalités extrinsèques à l'acte, à moins qu'il n'ait reçu un mandat spécial des parties, que pour celles concernant l'acte lui-même qu'il doit rédiger : il ne représente pas son client, il ne fait pour lui aucun acte juridique, mais il exerce seulement sa profession qui a pour résultat de profiter à autrui.

(177) Lyon, 20 mars 1900, préc.

(178) Bordeaux, 17 juil. 1877, Rev. not. n° 5521.

(179) Montpellier, 30 juin 1890, D. 1891. 2. 181; Pau, 26 mars 1890, D. 1891. 2. 110.

(180) PLANIOL, note sous Lyon, 1900. Préc.

(181) « Que le notaire en dehors de sa fonction de rédacteur d'actes authentiques peut recevoir d'un client un mandat d'accomplir un acte juridique; que, dans cette hypothèse, sa responsabilité est celle d'un mandataire salarié ». Trib. civ. du Rhône, 12 nov. 1926, préc.

(182) Cf. PLANIOL et RIPERT, Traité pratique. T. 6, p. 729.

On a proposé d'y voir un louage de services ¹⁸³, ou un louage d'ouvrage ¹⁸⁴; puisque la jurisprudence a fondé la distinction du contrat de travail et du contrat d'entreprise sur l'élément de subordination juridique et économique envers autrui, il est évident que le recours à un louage d'ouvrage, à une entreprise — et nous comprenons combien le terme entreprise peut paraître choquant pour désigner une fonction qui n'a rien de la commercialité qu'évoque, souvent à tort d'ailleurs, pareille expression, — semble le plus adéquat à la réalité, car nous y trouvons bien l'indépendance professionnelle caractéristique d'un pareil contrat, le forfait comme rémunération, et même l'existence d'un résultat certain.

115. — Le représentant de commerce offre également une hypothèse intéressante pour l'étude des rapports de la représentation et du mandat. Il faut noter dès l'abord que ce terme représentant de commerce est très souvent employé dans son sens générique pour désigner les différents intermédiaires commerciaux qui se chargent de mettre en rapports les industries ou les maisons de gros avec les acheteurs. Par représentants de commerce on entend aussi bien alors les agents commerciaux, totalement indépendants et jouissant même d'une clientèle personnelle, que les représentants qui opèrent dans un rayon déterminé, pour le compte de plusieurs maisons et les commis-voyageurs, préposés, servant de liens entre leur maison et le détaillant.

(183) LAURENT, *op. cit.* T. 27, p. 375.

(184) PLANIOL, *Traité élément.* T. II, p. 746.

Cet emploi abusif du terme représentant de commerce ne manque pas d'entraîner de réelles difficultés quand il s'agit de connaître la nature du contrat intervenu entre l'intermédiaire et son commettant. Doit-on s'attacher au contrat de mandat, au contrat de travail ou au contrat d'entreprise ? Théoriquement on peut adopter a priori l'une ou l'autre de ces solutions, car les situations de fait dans lesquelles apparaît le contrat entre un représentant et sa maison sont tellement différentes qu'il est encore ici tout à fait inexact, en même temps qu'impossible, de vouloir présenter une solution simpliste.

La jurisprudence se chargerait bien elle-même de nous mettre dans l'impossibilité de choisir une solution plutôt qu'une autre : tantôt elle décide que le contrat intervenu est un mandat¹⁸⁵, tantôt elle y voit un louage de services¹⁸⁶. Mais pour faire cette détermination se sert-elle toujours du critérium fourni par la représentation ? Il est bien certain que dans nombre de décisions qualifiant le représentant de commerce de mandataire, celui-ci a bien, en fait, représenté sa maison ; mais elle juge aussi parfois qu'il existe entre eux un contrat de mandat sans se fonder sur la représentation et dans des cas où elle n'a pas existé¹⁸⁷.

(185) Lyon, 27 janv. 1904, La loi, 12 mars 1904 ; Paris, 15 janv. 1924, D. 1924. 2. 156. Cf. en ce sens DUTERQUE, Essai sur la situation juridique des représentants de commerce. Thèse Caen 1925, p. 61.

(186) Trib. Seine, 5 déc. 1924, D. 1926. 2. 141 ; Rouen, 13 oct. 1925, DH. 1925, 679 ; L. FREY, Annales de droit commercial, 1889. T. III, p. 197.

(187) Paris, 15 janv. 1924, préc. ; Paris, 6 mars 1929, Gaz. Pal. 1929. 1. 761.

On peut même trouver d'ailleurs dans certaines décisions des essais de précision du sens exact du terme de représentant de commerce, des distinctions entre les divers intermédiaires commerciaux¹⁸⁸. C'est ainsi qu'un arrêt de Montpellier¹⁸⁹ a considéré que le commis-voyageur était un « simple employé sous la dépendance de son patron », que le représentant de commerce au contraire « agit en vertu de sa propre initiative, pour son propre compte, sous sa responsabilité particulière, de lui-même et pour son commettant » de qui il est une personnification distincte. Il est d'ailleurs remarquable que dans les cas où les tribunaux décident qu'existe un louage de services, ils statuent plutôt sur des espèces où l'intermédiaire en cause se rapproche fort d'un commis-voyageur¹⁹⁰; et, au contraire, s'ils optent pour un mandat, ils ont à juger d'une affaire où l'individu qui agissait pour le compte d'une maison avait une bien plus grande indépendance; cet individu touche la commission convenue, même s'il n'a pas traité personnellement, mais que l'affaire ait été conclue dans les limites du rayon d'action qui lui était réservé. Des arrêts récents se sont basés pour établir qu'il y avait contrat de mandat sur le fait que le représentant de commerce était payé par une commission et qu'il était appelé à représenter plusieurs maisons, n'étant pas lié envers l'une d'elles par un lien exclusif de dépendance¹⁹¹.

(188) Paris, 14 mars 1901, La loi, 21 mai 1901.

(189) Montpellier, 3 juil. 1885, S. 1886. 2. 56.

(190) Rouen, 13 oct. 1925, DH. 1929, 679.

(191) Paris, 6 mars 1929, Gaz. Pal. 1929. 1. 761; Trib. com.

Il faut bien s'accorder d'abord sur ce point que le représentant de commerce est sédentaire, qu'il agit dans un rayon déterminé où il a sa clientèle; le commis-voyageur lui, au contraire, dépend plus étroitement de la maison qui l'emploie et qui le charge seulement d'aller présenter les prix courants aux acheteurs et de retenir leur commandes¹⁹², eût-il le droit d'organiser ses tournées à son gré. Le représentant de commerce a également accepté de travailler pour certaines maisons, mais il a bien gardé son indépendance, et celle-ci est telle parfois qu'il ressemble fort à un agent d'affaires commerciales¹⁹³. Le représentant de commerce, aussi singulier que cela puisse le paraître, n'est pas nécessairement chargé de

Troyes, 25 mars 1929, Gaz. Pal. 1929. 2. 112; Trib. Com. St.-Etienne, 20 nov. 1929, Gaz. Pal. 1930. 1. 27. Cf. aussi, Paris, 28 janv. 1911, Gaz. Pal. 1911. 2. 111, D. 1912. 2. 167; Gand, 15 févr. 1908, Pasier. 1908. 2. 239.

(192) RIVIÈRE, Du commis voyageur et de son préposant, Paris, 1863, p. 30; Rouen, 13 oct. 1925, préc. — Cf. VIVANTE, Trattato di diritto commerciale, Torino, 1893. T. I, chap. III, § 26, n° 230. Ces commis voyageurs sont les « viaggiatori a provvigione, viaggiatori commissionari, agenti viaggiatori » qui ont seulement le pouvoir de recevoir les commandes; les autres intermédiaires. que VIVANTE appelle aussi commis voyageurs et qui ont le droit de conclure des contrats, sont pour nous des représentants de commerce.

(193) La limite opposée au commis-voyageur dans la série des agents d'affaires commerciaux est composée des agents de commerce, commerçants eux-mêmes, qui ont leur clientèle personnelle; ils se chargent de tenir au courant la maison avec laquelle ils sont en rapport sur la situation économique de la région où ils se trouvent, sur la solvabilité de la clientèle; ils conservent les marchandises. Ils se contentent d'ailleurs très souvent de transmettre à l'industriel les commandes, sans passer eux-mêmes directement les contrats. Au fonds, ils ne coopèrent pas juridiquement à la conclusion des affaires, car ils se contentent de mettre en rapport les contractants, de transmettre réciproquement les deux déclarations de volonté. Cf. VIVANTE, Gli agenti di commercio e la conclusione dei contratti, dans la rivista di diritto commerciale 1921. 1. 614. Trattato di diritto commerciale, Torino 1813. T. I, ch. III.

représenter, au sens strict du terme, les maisons dont il conduit les intérêts; il est d'ailleurs impossible de le considérer en tous les cas comme le mandataire de son commettant. Son indépendance, son mode de rémunération l'ont fait parfois envisager comme lié par un contrat de louage d'ouvrage ¹⁹⁴, d'entreprise, et nous croyons qu'en effet c'est bien la qualification qui convient le mieux au véritable représentant de commerce, qui touche de plus près la réalité; mais ce contrat se double parfois aussi d'un mandat ¹⁹⁵, en vertu duquel l'intermédiaire est chargé de passer lui-même les contrats.

116. — En assimilant représentation et mandat on parvient également à créer des situations juridiques fort complexes, où celui qui fournit son activité professionnelle étant lié par un contrat de louage de services, voit ce contrat se doubler, et de façon permanente, d'un mandat salarié parce qu'il a reçu pouvoir d'effectuer certains actes juridiques au nom de son commettant. Le cas le plus frappant nous semble être celui du capitaine de navire.

117. — Quelle est la nature du contrat qui le lie à l'armateur du navire, au propriétaire? Le capitaine exécute aussi bien des actes juridiques que des actes matériels ¹⁹⁶; actes juridiques : il peut contracter des emprunts avant ou pendant le voyage pour

(194) GOMBEAUX, Des représentants de commerce. *Annales de droit commercial* 1906, p. 95 et 97.

(195) GOMBEAUX, *op. cit.*, p. 97; Caen, 12 janvier 1887, *Le droit* 27 janvier 1887.

(196) BONNECASE, *Droit commercial maritime*. Paris, 1922, n° 421.

permettre au navire d'effectuer son trajet; il a le droit de vendre le navire au cas d'innavigabilité, il peut même soutenir des procès au nom de l'armateur; le droit de représentation du capitaine est donc poussé jusqu'à l'extrême, car la règle même que « Nul ne plaide par procureur » ne s'applique plus : la décision rendue pour ou contre le capitaine est opposable à l'armateur¹⁹⁷. Mais il fait encore évidemment plus d'actes matériels que d'actes juridiques : c'est lui, par exemple, qui est chargé de l'aménagement du navire, du chargement des marchandises, de leur arrimage, de la conduite du navire etc... Il est d'autre part soumis aux dispositions du code de travail maritime (art. 103 à 109) relatifs aux conditions d'engagement des gens d'équipage. Aussi quand il s'agit d'indiquer la nature juridique de ses liens avec l'armateur, et étant donné la variété de l'objet de ses services, certains auteurs ont proposé d'y voir un mélange de louage de services et de mandat salarié¹⁹⁸.

Mais MM. Ripert et Bonnecase ont fort justement fait remarquer qu'il était profondément inexact en même temps que téméraire de vouloir faire rentrer exclusivement, dans les cadres précis du droit civil, la situation du capitaine de navire, qu'il fallait aussi tenir compte du caractère de fonction publique de la charge que détenait le capitaine et des consé-

(197) Cass. 24 janvier 1910. S. 1913. 1. 239.

(198) LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*; DANCJON, *Manuel de droit maritime*, 2^e édit., p. 129; CHARVÉRIAT, *Annales de droit commercial*, 1887, p. 241 et s. : pour lui, le capitaine est uniquement mandataire de l'armateur. L'art. 108 du code de travail maritime lui reconnaît cette qualité.

quences que cela entraînait ¹⁹⁹, de son influence même sur les rapports de l'armateur et du capitaine. Certaines conditions d'aptitude tout d'abord sont requises chez celui qui doit prendre la direction d'un navire ²⁰⁰; le capitaine peut aussi, en certaines hypothèses, être nommé par d'autres que l'armateur ou le propriétaire, tel est le cas de nomination par le consul au cours d'un voyage à l'étranger, alors que celui qui a été choisi par l'armateur ne peut plus continuer son service; le nouveau capitaine est cependant le représentant légal de l'armateur. On doit aussi reconnaître au capitaine une indépendance totale sur son navire, mais, en revanche, l'armateur a contre lui un droit de révocation absolu ²⁰¹.

118. — La notion de représentation a été fournie comme donnant la plus exacte qualification de la situation du capitaine de navire, celui-ci agit au nom de son armateur, il est son représentant légal ²⁰². Une décision de la Cour de Cassation a employé ces mêmes termes ²⁰³ : « Attendu qu'il résulte de ce texte (art. 232 du c. de com.) que le capitaine d'un navire alors qu'il se trouve hors du domicile des propriétaires ou de leurs fondés de pouvoirs, peut en sa

(199) G. RIPERT, *Droit maritime*, 3^e édit. T. I, p. 889; BONNECASE, *op. cit.*, p. 437. Dans ce sens aussi DANJON, *op. cit.*, p. 129; code du travail maritime, art. 109.

(200) Cf. Loi du 17 avril 1907, Décrets du 2 nov. et 17 oct. 1924.

(201) Cf. art. 109 et 133 du code de travail maritime.

(202) RIPERT, *op. cit.*, p. 889 : « le capitaine représente le navire, le navire son propriétaire ou plus exactement, le navire est le signe visible que le capitaine est le représentant légal du propriétaire ». Cf. trib. sup. hanséatique, 6 mars 1923. *Rev. droit marit. comparé*, 1923. 3. 65.

(203) Cass. civ. 9 juil. 1929. DH. 1929, 540, S. 1929. 1. 311., Gaz. Pal. 1929. 2. 492.

qualité de représentant légal de l'armateur faire tous les actes nécessaires à la conservation et à l'exploitation du navire ». Cependant certains arrêts parlent du capitaine mandataire, mais c'est alors en confondant le terme mandataire avec celui de représentant²⁰⁴; et comment en effet parler d'un mandataire légal ?²⁰⁵.

M. Bonnecase a proposé d'expliquer par une notion unique, celle de représentation, « le droit et l'obligation (qu'a le capitaine) d'accomplir à la fois des actes matériels et les actes juridiques »; et il voit dans le tuteur légal le type parfait de représentant légal qui exécute à la fois des actes matériels et des actes juridiques et duquel on peut donc rapprocher le capitaine de navire²⁰⁶. L'article 450 du code civil en effet le charge de prendre soin de la personne du mineur et de la représenter dans les actes juridiques. Mais en tant qu'il exécute la première partie de ses fonctions, c'est-à-dire, les soins à donner au mineur en personne, est-il bien représentant au sens exact du mot ? Certes non, si on l'appelle représentant légal, c'est qu'on l'envisage dans son rôle de gérant des affaires du mineur, alors qu'il accomplit une série d'actes juridiques auxquels sa volonté prend une part effective, et qui influenceront sur le patrimoine du géré, le mineur; donc « pour l'administration des biens, le tuteur représente le pupille »²⁰⁷, il s'agit « des actes

(204) Rouen, 1^{er} mars 1893. Journ. droit internat. 1893, p. 874; et Anvers, 23 avril 1885, Journ. droit internat. 1886, p. 366.

(205) BONNECASE, op. cit. n° 421.

(206) BONNECASE, op. cit., n° 423, p. 437 à 440.

(207) PLANIOL, Traité élémentaire. T. II, p. 592.

juridiques nécessaires ». Mais, lorsqu'il s'occupe de la personne du pupille, on ne dit plus qu'il le représente, mais qu'il « prend soin..., il est chargé de la personne du pupille » ²⁰⁸. Si le tuteur exécute un acte matériel, cela n'exige de lui aucune déclaration de volonté ayant pour but un effet de droit; les actes matériels n'ont pas en effet pour but de produire des modifications juridiques du patrimoine de celui qui doit en jouir. La tutelle légale peut donc être définie autrement que par le terme de représentation légale, ce qui n'exprimerait qu'une partie de son rôle, mais plutôt par celui de charge légale, c'est « une fonction juridique consistant à prendre soin de la personne d'un incapable et à administrer ses biens » ²⁰⁹. Il est donc faux d'expliquer à la fois par la seule notion de représentation l'accomplissement des actes matériels comme celui des actes juridiques.

119. — Ne pourrait-on invoquer, pour expliquer les rapports du capitaine de navire et de l'armateur, une institution qui existe en droit anglais, l'agency, et qui a pour base le procédé représentatif ²¹⁰. L'« agent » anglais est une notion bien plus large que celle de notre mandataire, il exécute aussi bien des actes matériels que des actes juridiques. Mais en tant qu'« agency » signifie représentation, ce rapport ne doit intéresser que ces derniers puisque seuls ils ont

(208) PLANIOL, *op. cit.*, p. 591.

(209) PLANIOL, *loc. cit.*

(210) LÉVY-ULLMANN, *Contribution essentielle du droit anglais à la théorie générale de la représentation dans les actes juridiques*; extrait des *acta academiae universalis jurisprudentiae comparativae*, vol. I, p. 344.

pour but un effet juridique à réaliser dans le patrimoine du principal; l'agency toutefois a une compréhension plus large que celle de la représentation, car il ne faut pas oublier que ce rapport dérive de celui de master and servant ²¹¹, et il implique un lien de subordination; l'agent est donc plus qu'un représentant au sens strict du terme, c'est une personne chargée de faire tous les actes tant matériels que juridiques nécessaires à la bonne conduite d'une affaire ²¹².

Précisément le schipmaster anglais (capitaine de navire), est tenu comme le « confidential servant or agent » des propriétaires ²¹³ et chargé, à ce titre, de faire le nécessaire au bon emploi du bâtiment; si le capitaine, ayant agi par nécessité prouvée, a vendu ou hypothéqué le navire, le propriétaire est engagé, il y a là un cas « d'agency of necessity ». Il est toutefois parlé de « contract of services » intervenu entre le capitaine et le propriétaire ²¹⁴.

En droit français, le terme de représentant légal, choisi, pour désigner la situation du capitaine, vis-à-vis de l'armateur, ne peut être retenu qu'après avoir donné une extension particulièrement abusive de la représentation et y avoir vu une charge des intérêts d'autrui ²¹⁵. En tout cas, cette fonction ne manque pas

(211) DELANGLE DE LA VILLE GAUDIN, De la représentation en droit anglais, « agency ». Thèse Paris 1923, p. 19.

(212) Ainsi a été jugé en Angleterre comme un « agent » un receveur de tramway arrêtant à tort une personne qu'il croyait en défaut. FURLONG: V. South. London Company Tramway, 1884, 48. J. P. 329.

(213) The laws of England, vol. XXVI, p. 64.

(214) The laws of England, id. vol., p. 40.

(215) PLANIOL et RIPERT, Traité pratique. T. 6, p. 76, n° 60.

de présenter un caractère formé d'éléments fort disparates : fonctionnaire sur certains points, employé pour d'autres, le capitaine est aussi représentant, ayant ainsi une ressemblance frappante avec le schipmaster anglais. Il nous semble que ses relations avec l'armateur tiennent principalement du contrat de travail, mais ce contrat se double du droit de représenter. Le mandat que l'on invoque ne sert en fait qu'à expliquer les relations du capitaine avec les tiers, mais non avec son principal, preuve très nette que, partout où existe la représentation, notre jurisprudence se croit obligée de découvrir un mandat; et d'ailleurs lorsqu'elle qualifie le capitaine de « représentant légal » ²¹⁶, elle fait part, nous croyons, à l'originalité de sa fonction, aux éléments qui la rendent complexe et qui interdisent de l'expliquer par les seules données du droit privé.

(216) Cass. civ. 9 juil. 1929, préc.

CHAPITRE V.

L'OBJET DE L'ACTIVITE PROFESSIONNELLE

120. — Pourrons-nous trouver dans l'objet différent de l'activité humaine le critérium suffisant pour caractériser le mandat salarié ? Tel est le problème que nous entendons résoudre. Les actes auxquels sa profession soumet un individu sont en effet de nature très diverse, d'une technicité plus ou moins élevée, d'un caractère intellectuel plus ou moins intense; ils se présentent aussi du point de vue qui nous intéresse spécialement, et au regard de tout problème de droit, comme soumis à une différenciation en actes juridiques et en actes matériels. Certains individus exercent par exemple des professions qui comportent essentiellement des actes purement matériels, ainsi le médecin lorsqu'il exécute une opération, si délicate soit-elle, car par actes matériels nous entendons envisager ceux qui, en eux-mêmes, n'intéressent pas le domaine juridique; d'autres personnes, au contraire, ont pour activité normale d'effectuer des actes juridiques, ainsi l'avoué qui représente son client en justice, l'engage par ses aveux, ses divers actes de procédure. Mais, il est vrai, nous n'observerons pas toujours l'existence d'une semblable division qui pourrait nous induire à croire à la simpli-

cité du problème, bien au contraire, il se présente comme révélant une fréquente complexité. Actes juridiques et actes matériels apparaîtront comme l'objet possible et concordant d'une même activité, ce qui ne sera pas sans compliquer étrangement la détermination contractuelle de cette activité. Ainsi l'agent d'assurances ne se contente pas de signer des polices au nom de la compagnie qu'il représente, de toucher les primes versées par les assurés, il conserve aussi un rôle de démarcheur dans la région où il opère, ce qui l'oblige à des services purement matériels, publicité à effectuer, déplacements pour les recherches de clients, visites de lieux. Il s'agit de savoir si la distinction entre les actes juridiques et les actes matériels est déterminante du contrat de mandat; si lorsque l'activité est juridique, le contrat, en vertu duquel elle doit être fournie est un mandat et qu'au contraire l'existence d'actes matériels entraîne l'invention d'un contrat de travail ou d'entreprise. En cas d'existence de complexité de l'objet, il faudra encore déterminer la part d'influence à réserver aux divers éléments qui le composent, apprécier le résultat de l'activité fournie et son objectivité plus ou moins grande, ce qui ne sera pas sans importance pour l'établissement de la responsabilité du professionnel.

SECTION I.

Nature de l'objet et mandat salarié.

121. — La distinction entre le mandat et les contrats de services ne tient-elle pas à l'objet de ces contrats ? en d'autres termes, la nature diverse des services fournis par un individu ne constitue-t-elle pas l'élément déterminant du mandat d'une part et des contrats de travail et d'entreprise d'autre part ? Toute la distinction reposerait alors sur la division des actes exécutés en actes juridiques et actes matériels; seuls les actes juridiques pourraient donner lieu à un contrat de mandat, ils seraient exclusifs du contrat de travail et d'entreprise¹. « Selon nous, disent MM. Aubry et Rau, le mandat ne consiste pas à faire des actes quelconques, notamment des actes

(1) PLANIOL, *Traité élément.*, p. 747 : « Le louage de services a pour objet des services d'ordre matériel qui sont des travaux; le mandat a pour objet des actes juridiques à accomplir pour le compte du mandant ». Cf. dans le même sens, CHARMONT, note dans *Pand. fr.* 1903, p. 449.

De nombreux auteurs en Italie ont également adopté ce critérium : ROCCO, *L'emissione di una cambiale in banco e la sua natura giuridica*, dans la rivista di diritto commerciale, 1905, 1, p. 345 en note : « Si on admet, observe l'auteur, comme objet possible d'un mandat l'accomplissement d'une affaire non juridique, toute possibilité d'une délimitation entre le louage et le mandat s'évanouit ». Cf. dans le même sens, PIPIA, *Trattato di diritto commerciale*, I, p. 247 et s.; LA LUMIA, *Mandato e locazione di opere*, *Il diritto commerciale*, 1911, I, p. 105 et s.; NAVARRINI, *Trattato teorico pratica di diritto commerciale*, II, 472-473; VALERI, *Del mandato commerciale in genere, nel codice di commercio annotato*, IV, p. 7. Contra. Cf. NATTINI, *op. cit.*, p. 15 et les auteurs cités.

matériels, mais seulement des actes juridiques, pour le compte d'autrui »².

Une semblable solution peut paraître tout d'abord en contradiction avec l'article 1984 du code civil; cet article, en effet, dans la définition qu'il donne du mandat, emploie l'expression « faire quelque chose », termes qui évoquent tout naturellement une activité toute matérielle; mais on est d'accord, en général, pour reconnaître que cette expression ne doit pas être prise dans son sens le plus strict; le terme chose a au contraire ici une portée d'ordre général. Et d'ailleurs il suffit d'invoquer le mot « pouvoir » qui se trouve également au même article pour détruire l'argument que l'on voudrait tirer des termes « faire quelque chose »; le pouvoir en effet évoque toujours une puissance d'ordre juridique accordée à une personne, qui, sans cette concession, n'aurait pu effectuer les actes dont les effets de droit se réaliseront, directement ou non, dans le patrimoine du mandant³.

122. — Le projet de code des obligations franco-italien a essayé de supprimer le doute qui s'élève habituellement sur les limites qui séparent le mandat, le contrat de travail et le contrat d'entreprise, et par là-même de donner l'élément déterminant du mandat; ainsi s'exprime le rapport annexé au projet. Les dispositions de ce code envisagent comme objet du mandat salarié « une ou plusieurs affaires » ou « plusieurs actes ou faits » à accomplir; si l'on se

(2) AUBRY et RAU, Cours de drt civ. T. 6, 5^e édit., § 410, p. 154, note 2 bis.

(3) CHARMONT, Note précitée; PLANIOL, Traité élément. T. II, p. 647.

trouvait en présence, au contraire, d'une « prestation de services » ou de « l'accomplissement d'une œuvre », le contrat, dont ils constitueraient l'objet, serait un contrat de travail ou d'entreprise⁴. Les expressions qui sont employées par ces deux articles : affaire, œuvre, sont évidemment évocatrices de la complexité réelle de l'activité que doit fournir la personne qui s'y oblige par un contrat; elles expliquent en effet qu'un individu peut, par un seul contrat, être tenu à des services d'ordre très divers, autant matériels que juridiques. Les articles 507 et 517 du même projet qui traitent du contrat de travail et du contrat d'entreprise parlent de mise du travail au service d'autrui et d'accomplissement d'un travail ou d'une œuvre. Mais en envisageant également pour le mandat l'accomplissement « d'un ou plusieurs actes ou faits », le projet donne à ce contrat une portée illimitée, et non réservée aux seuls actes juridiques⁵. Les expressions qu'il emploie ne manquent pas de revêtir une certaine imprécision, alors qu'il s'agirait au contraire de fuir, dans la recherche d'un élément de détermination d'un contrat, toute solution qui pourrait paraître indécise.

(4) Il est d'ailleurs regrettable que les textes des articles qui contiennent ces décisions ne s'expriment pas plus clairement, encore que l'imprécision qui s'y rencontre ne soit peut-être pas tout à fait involontaire. Art. 566 : « Le mandat est un contrat par lequel le mandant confie au mandataire, qui accepte, la charge de gérer une ou plusieurs affaires ou d'accomplir un ou plusieurs actes ou faits ». Art. 567, alinéa 2 : « Si une rémunération a été promise pour la prestation de services ou l'accomplissement d'une œuvre, il y a contrat de travail ou contrat d'entreprise ».

(5) DONATO MAGNO, *Locazione d'opere e mandato nel progetto italo-francese delle obbligazioni e dei contratti*, dans *Rivista di diritto civile*, 1929, p. 262 et 264.

123. — Nous trouvons d'ailleurs des termes quelque peu semblables dans le code civil italien aux articles 1570 et 1737; ces articles emploient les mots chose (cosa) et affaire. Le terme affaire désigne un ensemble, une série d'actes ou d'opérations, de nature similaire ou diverse, desquels doit résulter une modification des droits de l'intéressé, ce qui est le propre des actes juridiques⁶; ainsi l'affaire, de quelque manière qu'elle soit composée, et malgré les éléments matériels qui peuvent y exister⁷, conduit toujours à un résultat juridique quelconqué qui d'ailleurs est prédominant, qui constitue le but même de ce que les contractants ont décidé. Le terme chose au contraire ferait plus spécialement allusion à la matérialité de l'exécution, il vise l'acte concret, qu'il soit physique ou intellectuel⁸, technique ou non, mais qui demeure hors du champ juridique. Ainsi, dire que le débiteur dans un contrat doit faire une chose, c'est dire qu'il doit effectuer un ou plusieurs actes matériels⁹. Et donc, en substance, la distinction établie entre les deux termes affaire et chose ou œuvre se ramène à celle des actes juridiques et des actes matériels. Cette même distinction se retrouve amorcée dans le projet de code franco-italien, mais la for-

(6) SRAFFA, *Diritto commerciale*, p. 37 et s.; del mandato commerciale e della commissione, in *commentario al codice di commercio*, IV, p. 19 et 20.

(7) Le code allemand emploie aussi le terme affaire dans son article 662 où il parle du mandat; et ce terme doit être compris dans le sens le plus large, s'étendant aussi bien aux actes matériels que juridiques.

(8) Il serait en effet profondément erroné de se fonder sur une pareille distinction pour établir une différence entre mandat et contrats de services. Cependant cf. TROPLONG, *Traité du mandat*, p. 19 et s.

(9) *Digesto italiano*, au mot *mandato civile*, p. 395.

mule si large qu'il emploie pour désigner l'objet du mandat enlève toute possibilité de vouloir établir une détermination de ce contrat en vertu de la nature juridique de son objet.

124. — Encore faudrait-il apporter d'ailleurs la raison pour laquelle la catégorie du mandat ne peut comprendre que des actes juridiques et non des actes matériels; il ne suffit pas de constater que telle est la solution adoptée. Mais la cause réelle de la possibilité d'adoption d'un tel critérium vient de la nature même du contrat envisagé; c'est en effet l'existence même du contrat, ce pourquoi il existe, qui commande une pareille détermination.

La nature du mandat précisément, dans sa conception actuelle, implique cette solution qui consiste à ne retenir pour objet de ce contrat que l'activité juridique; le mandat est, en effet, essentiellement basé sur le pouvoir d'agir donné au mandataire¹⁰, que ce pouvoir soit accordé ou non avec faculté de représenter. Il faut insister largement sur le rôle qu'a joué la représentation dans la limitation du domaine du contrat de mandat. En droit romain, nous l'avons vu, il est certain que le mandat pouvait exister au cas d'accomplissement d'actes matériels. Quelle est donc la raison pour laquelle la solution actuelle est différente de la solution romaine ? Cette raison tient à l'apparition du procédé représentatif, en même temps qu'à la tendance constante de déceler un mandat partout où existe la représentation.

(10) PLANIOL, *Revue critique*, 1904, p. 470 et s.

Or il ne peut y avoir représentation que si la convention intervenue entre les parties prévoit l'accomplissement d'actes juridiques; son but primordial est de donner à un individu le moyen d'acquérir des droits et des obligations qui naîtront directement en son patrimoine, sans qu'il soit tenu lui-même à fournir l'activité nécessaire; ceci ne pourrait être le résultat d'actes matériels puisqu'ils n'ont pas pour but de faire naître des rapports, des effets de droit entre les personnes qui les effectuent. On voit dès lors que, du point de vue négatif, les deux critères que nous avons envisagés cadrent pleinement, car là où il n'y a pas passation d'actes juridiques, il ne saurait non plus y avoir représentation.

125. — Cette même notion de pouvoir qui est à la base du contrat de mandat, nous l'avons aussi rencontrée dans le procédé représentatif, soit pouvoir légal, soit pouvoir conventionnel. Quel est donc le sens de ce terme lorsqu'on l'applique à la faculté concédée par le mandant au mandataire ? pourquoi existe-t-il ? Donner pouvoir ici, n'est pas seulement autoriser l'acte du mandataire, mais aussi vouloir profiter d'un certain résultat; cela implique une déclaration de volonté du mandant, volonté d'atteindre un but donné, commandée par une harmonie d'intérêts, car elle n'a de force que par la fin poursuivie; c'est sa finalité qui crée toute sa valeur¹¹. Le but général envisagé par tout mandant est la jouissance

(11) GOUNOT, Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique. Thèse Dijon 1912.

des effets de droit réalisés par l'activité du mandataire; en même temps donc que le mandant émet cette déclaration de volonté, qu'il donne des instructions à son contractant, il lui constitue une possibilité d'agir, une faculté suffisante pour qu'il réalise le but espéré ¹². Par là même il soumet son patrimoine à la volonté du mandataire, que ce patrimoine soit affecté immédiatement au cas d'existence du phénomène représentatif, ou postérieurement aux actes effectués par le contractant; en ce dernier cas, leurs conséquences juridiques se fixeront momentanément en la personne du mandataire; celui-ci devra transférer au mandant les droits et obligations issus de l'exécution de son mandat. Cette concession de pouvoir constitue la mesure dans laquelle le mandant sera engagé, les limites dans lesquelles doit se tenir le mandataire. Et l'article 1998 insiste bien sur cette notion du pouvoir : « Le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire conformément au pouvoir qui lui a été donné ».

126. — Mais seuls les actes juridiques sont volontairement conclus en vue de produire des effets de droit ¹³; seuls ils comporteront une déclaration de volonté du mandataire qui a reçu pouvoir de les accomplir, puisqu'il a reçu un pouvoir d'agir. Parce qu'il connaît la fin à réaliser, il sait dans quel sens orienter sa propre volonté qui doit remplacer celle du mandant. Car, pour qu'il soit réellement mandataire,

(12) AUBRY et RAU, *op. cit.* T. VI, p. 155, note de M. BARTIN.

(13) DEMOGUE, *op. cit.*, I. p. 20; CAPITANT, *Introduction au droit civil*, 2^e édit. I, 245.

c'est lui qui doit effectuer l'acte juridique; or, comme celui-ci comporte une volonté déclarée, il faut pour que le mandataire soit réputé l'avoir accompli, qu'il ait voulu, qu'il ait donc réalisé le processus psychologique nécessaire à la naissance d'un vouloir réel¹⁴, qu'il ait choisi et décidé. Une personne au contraire peut participer à la passation d'un acte juridique, être même le seul présent au moment de sa conclusion sans que pour cela on puisse dire qu'il l'a lui-même voulu; il a pu être chargé uniquement de sa perfection, ce qui n'exige de lui qu'une collaboration purement matérielle. Mais les actes matériels ne comportent rien de tout ceci, pas d'effet de droit directement voulu, pas de déclaration de volonté de la part du mandataire. S'ils ont parfois des conséquences juridiques, celles-ci n'ont pas pu en tout cas être appréciées et par conséquent voulues dès l'origine de ces actes. Or, on l'a vu, la notion de pouvoir implique au contraire une volonté consciente, dès sa déclaration, du but qu'elle poursuit.

La représentation, nous le savons, comporte un but identique, et l'analyse que nous en avons donnée, nous a révélé une notion du pouvoir en certains points semblable à celle qui se découvre dans le contrat de mandat; c'était aussi une autorisation, un consentement, commandés par une volonté de jouir des actes d'autrui, mais qui concernera, de plus, les tiers, au premier chef. Au contraire, lorsque le man-

(14) DUGUIT, Traité de droit constitutionnel, 2^e édit. T. I, p. 211. La décomposition de l'acte de volonté en général comporte quatre périodes qui se divisent ainsi : conception de l'acte ou des actes à accomplir, délibération qui conduit au choix, décision, exécution.

dant donne pouvoir d'agir sans faculté de le représenter, il a préféré opérer en deux temps, comme dans la législation romaine¹⁵; sa déclaration de volonté ne vise pas du tout les tiers avec qui le mandataire doit contracter, mais ce dernier seulement.

127. — *Jurisprudence.* — La jurisprudence ne semble pas reconnaître le mandat salarié d'après la nature juridique ou matérielle des actes qui en constituent l'objet, et les arrêts que l'on a parfois invoqués dans le sens d'admission d'un pareil critérium ne sont pas du tout explicites¹⁶. Aucun d'eux, en effet, ne fonde le rejet de la reconnaissance d'un contrat de mandat sur le motif qu'il s'agissait d'actes matériels et non d'actes juridiques, et pour essayer d'en tirer une solution favorable à un tel critérium, il faudrait forcer nettement le sens de ces deux arrêts.

Nombreuses sont également les décisions qui viennent déclarer qu'il y a contrat de mandat alors que l'activité déployée par le prétendu mandataire a été purement matérielle¹⁷. La jurisprudence a qualifié notamment de mandataire¹⁸ un garçon de recettes d'une banque, ayant reçu lors d'un encaissement une somme supérieure à celle qu'il devait recevoir; ainsi la cour de cassation a pu lui appliquer l'article 1993 qui enjoint au mandataire « de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu

(15) AUBRY et RAU, op. cit. T. 6, p. 154, note 2 bis.

(16) Cass. 2 janvier 1882, S. 1882. 1. 209; 14 avr. 1886, S. 1887. 1. 76.

(17) Cass. 31 déc. 1885, S. 1886. 1. 144; Cass. 24 juil. 1900, S. 1901. 1. 9; Cf. PERREAU, Technique de la jurisprudence. T. I, p. 132.

(18) Cass. 24 juil. 1900, préc.

de sa procuration, quand même ce qu'il aurait reçu n'eût pas été dû au mandant ». Cependant la cour d'Alger statuant sur une espèce semblable, a condamné une pareille qualification; elle a vu dans le garçon de recettes un individu lié à sa banque par un « contrat de louage de services », « un simple préposé »¹⁹. Cette décision contient même une détermination formelle du contrat de mandat d'après son objet; « qu'il est universellement reconnu par la doctrine, dit-elle, que la caractéristique du mandat est d'avoir pour objet des actes juridiques... ». L'extension abusive que fait parfois la jurisprudence du contrat de mandat à des hypothèses où il s'agissait plutôt de la réalisation d'actes matériels tient à ce qu'elle veut appliquer les dispositions de l'article 2000 si favorable au mandataire; de pareilles solutions relèvent alors beaucoup plus de l'équité que d'une saine appréciation de la nature juridique de la convention intervenue²⁰.

128. — Mais la dérogation la plus large que les tribunaux apportent à la règle que seuls les actes juridiques peuvent être objets de mandat vient de la fréquence avec laquelle ils ont appliqué ce contrat aux conventions passées par les personnes exerçant des professions libérales et leurs clients, alors que les

(19) Alger, 5 févr. 1912, S. 1912. 2. 227; en ce sens également, TISSIER, note sous cass. préc.

(20) Tel nous semble ainsi l'esprit de la décision qui a qualifié de mandataire le directeur en Amérique du service de la Cie des câbles télégraphiques; la cour a invoqué, en l'espèce, l'existence d'un mandat tacite, mais sans apporter de preuves formelles à cet égard. Req. 28 oct. 1907, D. 1908. 1. 481; S. 1912. 1. 301.

services fournis ont été purement matériels²¹. Comment la jurisprudence a-t-elle pu voir dans le médecin le mandataire d'un ouvrier blessé qu'il avait soigné ou du chef d'entreprise qui fait appel à ses soins²². La convention qui intervient entre un médecin et un client n'est pas plus un mandat qu'un contrat de travail²³. Elle s'apparenterait certes bien plus du contrat de louage d'ouvrage²⁴, d'une entreprise, au sens très large où nous entendons saisir ce terme, avec la caractéristique essentielle de l'indépendance du professionnel; le médecin conserve en effet la liberté la plus entière dans les soins qu'il doit fournir. Un autre élément encore favorable à cette solution peut être découvert dans la forme suivant laquelle sont fixés en règle générale ses honoraires, le traitement à forfait²⁵; la pratique en devient tous les jours plus fréquente dans le corps médical.

Le notaire, en tant qu'il est rédacteur d'actes n'effectue pas davantage d'actes juridiques; il ne doit donc pas être qualifié de mandataire. Il offre en effet à ses clients des services, une compétence nécessaire, il exerce un monopole, mais son rôle est purement

(21) DEMONTÈS, De la lésion dans les contrats entre majeurs, p. 169 et s.

(22) Lyon, 7 déc. 1909, D. 1913. 2. 73.

(23) Cf. contra, PERREAU, *Éléments de jurisprudence médicale*, p. 199.

(24) DEMOGUE, *Jurisprudence*, Rev. trim. 1929, p. 220.

(25) Trib. Seine, 28 nov. 1922, Gaz. trib. 2 févr. 1923; A. GRAVEN, *Les médecins et le droit civil*. Thèse Grenoble 1925. — A défaut de convention ou d'accord amiable entre les parties, il appartient au juge de fixer les honoraires, et pour cela il tiendra compte de trois éléments : la nature des soins fournis et, si besoin, les circonstances qui en ont augmenté la difficulté; la fortune du client; la réputation du praticien. Nancy, 24 juin 1925. Gaz. Pal. 1925. 2. 406; Trib. civ. Bruxelles, 24 mai 1917, *Paricrisie* 1917. III. 264.

matériel, même s'il donne aux parties des conseils relatifs aux contrats qu'on lui demande d'authentifier; sa responsabilité pourra être engagée, mais ce ne sera pas pour avoir participé personnellement à la convention qu'il rédige. S'il est besoin, lors de rédaction, de remplacer un client dont la signature par exemple ou celle de son représentant est nécessaire, ce sera le clerc du notaire qui prendra la place de la personne absente.

129. — La profession d'architecte comporte trois modes d'activité bien distincts : son rôle consiste à dresser des plans et devis, et il est évident qu'il rend en le faisant un service purement technique, mais qui n'a nullement un caractère juridique; et d'ailleurs les tribunaux sont unanimes à décider qu'il n'y a pas de contrat de mandat entre l'architecte et son client pour cette branche de son activité ²⁶. Mais la solution est différente quant aux autres services qu'il est appelé à rendre, et la jurisprudence le qualifie souvent de mandataire, moins d'ailleurs en tant que directeur et surveillant des travaux que comme vérificateur des mémoires ²⁷. Et cependant n'est-ce pas là les services que rend tout technicien, services purement matériels, constatation de la bonne exécution du travail, de la concordance du mémoire pré-

(26) CORBERAND, Manuel juridique de la responsabilité des architectes et entrepreneurs, p. 10; COLIN et CAPITANT, 2^e édit. II, p. 564.

(27) Trib. Seine, 2 févr. 1903, Gaz. Trib. 1903, 2^e sem. 2. 181; 17 janv. 1914, Gaz. Pal. 1914. 1. 625; Comm. Marseille, 23 févr. 1923, Trib. Seine, 21 mars 1923, 24 juil. et 19 déc. 1924, D. 1926. 2. 157, note de MINVIELLE; Trib. Lille, 12 juin 1928, DH. 1928, 523. Cf. COLIN et CAPITANT, loc. cit.

senté avec le devis et avec les prestations réalisées; ce sont des opérations qui n'ont rien de juridique ²⁸. Il en est autrement, et dans beaucoup de cas d'ailleurs, si le client a réellement chargé le professionnel de le représenter vis-à-vis de l'entrepreneur, d'agir en son nom dans certains actes juridiques qui font l'objet de son mandat, par exemple régler définitivement l'entrepreneur. Mais, remarquons le bien, l'architecte ici pourrait tout aussi bien être remplacé par une autre personne, car la passation de ces actes juridiques n'exige de la part de celui qui les effectue aucune compétence spéciale, mais seulement la capacité requise chez toute personne qui contracte. Au contraire, lorsqu'il s'en tient aux actes matériels d'établissement des plans, de contrôle d'exécution des travaux, des matériaux fournis, de la vérification des mémoires, il agit bien comme architecte, donc comme professionnel et comme tel on peut affirmer qu'il est lié envers son client par un contrat de louage d'ouvrage, un contrat d'entreprise; mais cette expression apparaît ici comme particulièrement inexacte puisqu'elle aurait à caractériser les services d'une profession que la pratique a séparée de celle d'entrepreneur, au sens où le code civil saisit ce terme dans son chapitre III, Section III du livre III, titre VIII. La langue juridique française n'offre pas de terme spécial que l'on puisse employer pour les professions dites libérales où n'apparaît pas la subor-

(28) CORBERAND, *op. cit.*, p. 9 et suiv. — Certaines décisions se sont prononcées dans le sens de l'existence d'un contrat de louage, Paris, 7 nov. 1891, *Pand. fr.* 1892. 2. 238; *Rev. trim.* 1912, p. 198. GLASSON, note au *Dalloz*, 1906. 1. 9.

dination qui caractérise le contrat de travail. La jurisprudence bien souvent, en qualifiant l'architecte de mandataire, n'apporte aucun soin à rechercher des preuves de la véritable existence de ce contrat entre les parties²⁹. Cependant des décisions récentes ont critiqué vivement cette façon de procéder et, sans se prononcer encore expressément sur la qualification à donner à la convention intervenue entre l'architecte et son client, ont affirmé qu'il n'y avait pas lieu d'y découvrir un mandat, sans qu'on en ait préalablement vérifié l'existence³⁰.

130. — Mais il est utile de noter qu'en de nombreuses applications de la notion de mandat aux professions libérales, la distinction entre les actes juridiques et les actes matériels a fait place à une distinction entre travail intellectuel et travail manuel; le travail intellectuel a paru être déterminant du mandat, comme devait l'être le travail juridique. Outre qu'une pareille distinction ne présente aucune valeur proprement juridique, elle n'est pas davantage satisfaisante du point de vue logique et pratique à la fois. Comment, en effet, établira-t-on, et d'après quelle mesure, le degré d'intellectualité que doit comporter un service pour être taxé d'objet possible de mandat ? et quel travail, tout manuel qu'il soit, ne comporte-t-il pas, suivant une proportion infiniment variable, une participation évidente de l'esprit de l'individu qui l'exerce ? Travail matériel, actes manuels; le terme matériel, tel que nous l'employons,

(29) Lille, 12 juin 1928, DH. 1928, 523.

(30) Cass. civ. 20 juil. 1927, DH. 1927, 415; 9 janv. 1928, Gaz. Pal. 1928. 1. 480, S. 1928. 1. 87; Amiens, 15 oct. 1924, DH. 1924, 707.

caractérise toute situation qui demeure hors du domaine juridique, qui ne produit ni naissance, ni transformation, ni disparition de droits ou d'obligations.

131. — La jurisprudence peut ainsi apparaître comme ayant suivi une marche contradictoire quant à la détermination du mandat salarié : alors que dans la majorité de ses décisions elle nous présente, nous l'avons vu, la représentation comme son élément caractéristique, restreignant ainsi l'objet du contrat aux seuls actes juridiques, elle étendait d'autre part la notion de mandat à des conventions comprenant une activité purement matérielle. Dans ces hypothèses d'ailleurs, nous ne trouvons pas du tout l'existence d'un pouvoir d'agir, c'est-à-dire le but réel et essentiel de jouir de l'activité juridique d'autrui ; le phénomène représentatif ne saurait donc davantage y être découvert. L'avocat, par exemple, représente bien ses clients devant certaines juridictions (conseils de préfectures, juges de paix, conseils de prud'hommes, juridictions commerciales, commissions en matière de loyers, juridiction répressive, référé civil, etc...) ³¹. Mais devant les juridictions civiles de première instance et d'appel, le ministère de l'avoué est nécessaire, et c'est lui qui engage ses clients. L'avocat ne conserve plus qu'un rôle purement matériel (rédaction des conclusions, plaidoiries) ; il en est de même pour les consultations qu'il donne à ses clients. La doctrine, suivant en cela l'opinion de la majorité des

(31) Commerce Seine, 14 déc. 1921, D. 1922. 2. 87 ; Trib. Seine, 3 juil. 1925, DH. 1925, 510 ; Cass. crim. 1919, D. 1925. 1. 174.

barreaux, se refuse, à juste titre, à qualifier de mandat, le contrat intervenu entre l'avocat et la partie³². La jurisprudence semble favorable à cette solution³³. Le défaut d'actes juridiques concorde, en l'espèce, avec l'absence de représentation³⁴. Il est bien certain, en tout cas, que l'avocat se trouve vis-à-vis de son client dans une situation contractuelle³⁵, mais contrat

(32) J. APPLETON, *Traité de la profession d'avocat*, 2^e édit., p. 397; SERGEANT, *Nature juridique du ministère de l'avocat*. Thèse Lille, 1901.

(33) Cass. civ. 19 déc. 1899, D. 1900. 1. 105, Rapport du procureur FALCIMAIGNE; Montpellier. 19 févr. 1924, DH. 1924, 380; Contra Agen, 4 mars 1889, D. 1890. 2. 281, note de GLASSON.

(34) En Allemagne, au contraire, les professions d'avocat et d'avoué sont unifiées, comme dans les législations les plus récentes, ainsi aux Etats-Unis, cf. APPLETON, *op. cit.*, p. 77. En France même, les avocats des barreaux d'Alsace-Lorraine ont conservé le droit de représenter leurs clients qu'ils exerçaient sous le régime allemand. Ils cumulent ainsi les fonctions d'avoué et d'avocat sans être pour cela des officiers ministériels; cf. Rev. trim. Alb. CHÉRON, 1924, p. 895; De même au Maroc, A. LECOCQ, *Les avocats au Maroc*, Rev. Trim., 1925, p. 301.

(35) M. APPLETON soutient que l'avocat participe activement au service public qui est l'administration de la justice; la convention conclue entre lui et son client « est un contrat de droit public, assujéti à des règles propres, à la fois imposées par les besoins du service et inspirées par l'équité ». APPLETON, *op. cit.*, p. 401 et s. Mais en quelle qualité, l'avocat participe-t-il à ce service public ? Est-ce que par hasard on voudrait y voir un agent du service, un fonctionnaire ? Mais on n'a tout de même jamais pu dire que l'avocat consulté par un client remplit une fonction publique et permanente; son rôle, même en ce qui concerne les plaidoiries, n'est pas obligatoire, première incompatibilité avec la qualité de fonctionnaire. Pourtant ne pourrait-on répondre, avec M. DUGUIT, (*Drt constitutionnel*, 2^e édit. p. 416) qu'ils sont associés « d'une manière permanente et normale au fonctionnement d'un service public ». En fait, oui; en droit, non : car un avocat n'est pas du tout un collaborateur obligatoire du service de la justice. L'avocat, à la différence du fonctionnaire ou de l'officier ministériel, peut d'ailleurs refuser ses services. M. APPLETON l'explique en disant que ce droit de refus existe « parce que sa mission judiciaire ne peut être remplie de façon satisfaisante qu'à la condition de l'être librement... que la loi a voulu faire de l'avocat le premier juge du litige que le magistrat sera appelé à trancher ». On ne peut certainement en tirer un argument en faveur du contrat de droit public; l'intention prêtée à la loi paraît en effet, très douteuse, et ce premier juge, librement choisi, ressemble bien peu au magistrat, agent du service public. Aucun contrôle de l'Etat n'est directement exercé sur lui, et, si on veut

qui comporte certaines règles particulières, rendant particulièrement délicat son classement dans une des catégories réelles prévues par notre droit positif; tel le droit qui lui appartient de refuser une affaire qu'il avait préalablement acceptée³⁶; ou encore le pouvoir de contrôle que se réservent les tribunaux sur ses honoraires tout comme s'il était un mandataire salarié; de même les règles que maintiennent certains barreaux relativement aux réclamations d'honoraires en justice³⁷, règles que les tribunaux d'ailleurs ne sanctionnent point³⁸. De plus en plus les avocats se font verser une provision avant de plaider les affaires qui

le faire dépendre d'un organisme quelconque, c'est à son barreau qu'il faut le rattacher, car il exerce sur lui une autorité réglementaire et disciplinaire.

Si on entendait par participation à la justice, la recherche de la vérité, alors certes on pourrait dire que l'avocat y participe, mais le témoin est dans la même situation, avec cette différence que l'avocat en fait sa profession. Quant à parler de contrat de droit public, il semble que ce soit aller contre la notion même de ce contrat qui doit être passé par un agent de l'administration, ce qui n'est pas le cas pour l'avocat, nous l'avons vu.

L'avocat n'apparaît pas non plus comme un auxiliaire d'un service public, car pour avoir cette qualité il faut exercer une activité temporaire et occasionnelle, en vertu d'un contrat passé avec l'administration; JÈZE, *Principes généraux du droit administratif*, 3^e édit., p. 221; or, jamais, on n'a prétendu qu'une pareille situation contractuelle ait existé entre l'avocat et l'administration. Il se rapprocherait plutôt des agents publics au service des particuliers, tels que les agents assermentés des compagnies de chemins de fer, liés envers leur patron par un contrat de droit privé. Cf. JÈZE, *op. cit.*, p. 268. L'admission de l'avocat à prêter serment équivaldrait alors à l'agrément de l'administration pour l'agent public; mais nous croyons que les règles imposées à l'avocat tiennent surtout à des considérations d'ordre professionnel, que les tribunaux d'ailleurs n'approuvent pas toujours, ainsi en matière de réclamation d'honoraires. Cf. *infra*, en note.

(36) APPLETON, *op. cit.*, p. 397.

(37) PAYEN et DUVEAU, *Les règles de la profession d'avocat*, p. 385 et s.

(38) Les tribunaux ont admis formellement le droit des avocats à réclamer leurs honoraires en justice. Trib. civ. Charleville, 18 mars 1907, 2. 147; Alger, 27 févr. 1924, DH. 1924, 378; Rev. crit. 1925, p. 129. — Cf. WAHL, *rev. trim.* 1903, p. 497; *Le droit des avocats aux honoraires*.

leur sont confiées³⁹. On a proposé de voir dans le contrat intervenu entre ce professionnel et son client un contrat innommé⁴⁰, et, en le faisant, on a eu la volonté de tenir le mieux compte possible des caractères spéciaux du contrat que l'on envisageait. Ce contrat peut néanmoins se rapprocher, nous le croyons, de la catégorie du louage d'ouvrage, de l'entreprise⁴¹, caractérisé qu'il est par l'indépendance de celui qui l'exécute, indépendance tout à fait remarquable en l'espèce, et par l'existence possible d'un forfait⁴². C'est en tout cas un contrat qui ne comporte aucune activité juridique et qui ne saurait donc être qualifié de mandat.

132. — *Mandat et gestion d'affaires*. — La gestion d'affaires comporte, pour la jurisprudence, aussi bien l'accomplissement d'actes matériels que d'actes juridiques⁴³. Pour qu'il y ait gestion d'affaires, il faut qu'il y ait immixtion dans les affaires d'autrui, mais cette immixtion s'entend de la façon la plus large; elle signifie bien plus qu'activité juridique, au contraire du mandat⁴⁴. Nous trouvons aussi de nombreuses applications de la gestion d'affaires en ce qui concerne l'action professionnelle au profit d'un

(39) APPLETON, op. cit., p. 412 et s.

(40) MOLLOT, T. I, p. 12 et s.; GARSONNET, Traité de procédure. T. I, p. 408; note de Claro, sous cass. civ., 19 déc. 1899, D. 1900. 1. 105; Cf. aussi un arrêt formel en ce sens, Montpellier, 19 févr. 1924, DH. 1924, 380.

(41) PLANIOL, Traité élément. T. II, p. 747.

(42) APPLETON, op. cit., p. 432-434; PAYEN et DUVEAU, op. cit., p. 399.

(43) Cass. 16 juil. 1890, D. 1891. 1. 49; Trib. Seine, 3 janv. 1900. S. 1902. 2. 217, note de E.-H. PERREAU.

(44) M. PICARD, La gestion d'affaires dans la jurisprudence contemporaine. Rev. trim. 1922, p. 15 et 16.. . . .

tiers⁴⁵, dans des cas où cette action reste purement matérielle; ainsi pour l'activité d'un courtier, d'un agent d'affaires⁴⁶. La jurisprudence, il est vrai, ne dit pas toujours en vertu de quelle règle de droit elle sanctionne le bénéfice réalisé au profit d'un individu. Serait-ce un principe général que « toute personne qui agit professionnellement en faveur d'un tiers et grâce à qui un enrichissement a pu être acquis par ce tiers, a droit à la rémunération professionnelle »⁴⁷. Les tribunaux consacrent en effet dans de nombreux cas une pareille solution; et ils font le plus souvent appel à la gestion d'affaires⁴⁸, mais on se rend bien compte que c'est souvent faute de mieux et comme expédient. Pourquoi ne pourrait-on pas voir en ces hypothèses des cas d'enrichissement sans cause? Il est bien certain en effet que ce principe que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui est une règle que la jurisprudence tend à consacrer fortement; elle pourrait donc servir à justifier les sanctions que la jurisprudence apporte aux cas d'activité professionnelle en faveur d'autrui, lorsque manque à cette activité tout fondement contractuel: ainsi pour le cas d'un généalogiste qui a agi utilement en faveur d'un héritier sans que celui-ci lui en ait donné l'ordre⁴⁹.

(45) M. PICARD, *op. cit.* Rev. trim. 1921, p. 458.

(46) Paris, 23 mai 1919, D. 1920. 2. 86.

(47) DEMOGUE, Rev. trim. 1911, p. 434.

(48) M. PICARD, Rev. trim. 1921, p. 458.

(49) Poitiers, 2 déc. 1907, D. 1908. 2. 232. Cette décision, en fait, a été invoquée en sens inverse par M. PICARD qui la fonde sur la gestion d'affaires. Rev. trim. 1921, *loc. cit.*, et par M. ROUAST qui veut y voir l'application du principe général d'enrichissement sans cause. Rev. trim. 1922. L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile, p. 39-40. Il semble que le principe distinctif entre la gestion d'affaires et l'enrichissement sans cause soit

Est-ce là réellement un appauvrissement ? l'affirmative serait certaine au cas où le travail du professionnel « eut été employé ou rémunéré s'il ne l'avait pas consacré à l'affaire du maître, mais cet appauvrissement n'est pas une conséquence du caractère professionnel de son intervention. Lorsqu'au contraire il était inoccupé, celle-ci ne l'appauvrit pas » ⁵⁰. Que l'on invoque d'ailleurs la gestion d'affaires ou l'enrichissement sans cause on voit qu'une idée commune préside à l'adoption de l'une ou l'autre solution « elles fournissent le même but : empêcher qu'une personne ne profite injustement de l'activité ou de l'acte d'autrui » ⁵¹.

L'extension que la jurisprudence a faite de la gestion d'affaires aux actes matériels a fréquemment eu pour cause la nécessité d'apporter une solution qu'exigeait l'équité ⁵²; les tribunaux feront alors verser une indemnité au gérant d'affaires par le bénéficiaire de l'acte à l'occasion duquel le gérant a pu souffrir un dommage ⁵³. Mais, en tant que la gestion d'affaires doit comporter la représentation du géré par le gérant, on ne doit retenir comme son objet possible que

réellement l'élément d'immixtion dans les affaires d'autrui, puisque la jurisprudence semble abandonner l'élément intentionnel, l'intention de gérer pour autrui, comme caractéristique de la gestion d'affaires. Req. 18 juin 1872, D. 1872. 1. 471; Req. 10 juillet 1890, D. 1891. 1. 49. Mais l'immixtion serait alors comprise dans un sens vraiment actif, il y aurait toujours de la part du gérant service rendu, utilité créée, sans recherche de l'élément subjectif que constitue l'intention d'être utile à autrui, solution qui présente un avantage certain d'objectivité.

(50) GUILLOT, Essai critique sur la gestion d'affaires. Thèse Rennes 1927, p. 28.

(51) PICARD, Rev. trim. 1922, p. 31.

(52) PLANIOL, Traité élémentaire. T. II, p. 759, n° 2274.

(53) Cf. Seine, 3 janvier 1900, précit. Il est vrai que l'art. 1385 est aussi invoqué.

les seuls actes juridiques, tout comme pour le mandat lui-même. La ratification postérieure à l'immixtion dans les affaires du géré est l'équivalent du pouvoir d'agir qui caractérise le mandat. Si l'assimilation de plus en plus fréquente du mandat et de la représentation a produit la restriction du mandat au seul domaine de l'activité juridique, c'est précisément parce que le même phénomène ne s'est pas produit en matière de gestion d'affaires que les actes matériels en ont toujours pu faire l'objet ⁵⁴. Mais, en cette dernière hypothèse, il est alors inexact de dire qu'après ratification la gestion se transforme en mandat.

133. — La notion de pouvoir d'agir est donc essentielle au contrat de mandat; c'est elle-même qui, au fond, doit être l'élément de détermination de ce contrat, car elle traduit l'idée primordiale, l'objectif visé par le mandant : jouir des conséquences juridiques des actes à ce destinés effectués par le mandataire. L'adoption comme critérium de la nature matérielle ou juridique de l'objet du mandat n'a somme toute, pour fondement, que d'être un élément de détermination plus objectif que la recherche du but réel envisagé par les contractants; cet élément en tire d'ailleurs toute sa valeur. Est-ce un critérium véritablement efficace et irréprochable ? Certes oui, du point de vue négatif, c'est-à-dire en tant que l'on affirme que là où il n'y a pas d'actes juridiques, il ne peut y avoir mandat, malgré ce qu'en pense parfois la juris-

(54) PLANIOL, *Rev. crit.*, 1904, p. 47.

prudence. Mais il resterait à prouver que la proposition inverse présente un degré semblable de certitude, ce qui paraît plus douteux.

Parvenus à ce stade de recherche d'un élément précis de détermination du mandat, il peut être d'un sérieux intérêt de constater à quel terme de l'évolution de ce contrat nous sommes actuellement parvenus en droit français : après une assimilation de plus en plus constante entre le mandat et la représentation, il est apparu cependant que cette dernière notion demandait une autonomie plus réelle que celle qui jusqu'alors lui avait été accordée. Mais, sous l'influence même de la réalisation d'une telle assimilation, l'objet du mandat s'est restreint aux seuls actes juridiques, nous l'avons montré, et c'est bien là aujourd'hui la solution la plus généralement adoptée par les auteurs. C'est même la seule possible, étant donné nos conceptions actuelles. Cette solution n'est cependant qu'une conséquence certaine de l'influence en notre matière du procédé représentatif, conséquence qui subsisterait alors même que cette influence tendrait à disparaître. De plus, elle ne paraît pas révéler une valeur positive particulièrement appréciable : la complexité fréquente qui caractérise les services qu'un individu doit fournir en vertu de son contrat ne manque pas de la rendre bien souvent inopérante.

SECTION II.

Complexité de l'activité professionnelle et mandat salarié.

134. — Que devant un ensemble de prestations de nature différente on soit toujours à même de dire en vertu de quel contrat, elles ont été réalisées, voilà qui apparaît comme particulièrement difficile à effectuer. C'est bien cependant ce qu'exigerait l'adoption comme mode de détermination du mandat de la distinction entre les actes matériels et les actes juridiques. Le mandat n'a pour objet que des actes juridiques; dès lors si une convention exige de celui qui l'exécute une activité matérielle, il nous est interdit de qualifier cette convention de mandat. Si le mandataire fournit une activité de cette nature, ce ne peut être en vertu du pouvoir qu'il a reçu, mais bien parce qu'il est lié envers son commettant par un contrat de travail ou d'entreprise. Si l'activité juridique doit être le critère du mandat, n'est-ce pas dire que tout acte juridique réalisé par un individu pour le compte d'autrui lui confère la qualité de mandataire de sorte que l'entrepreneur ou l'employé ne serait pas susceptible d'effectuer un acte semblable en vertu de leur contrat d'entreprise ou de travail. Actes juridiques et actes matériels apparaissent, en de nombreux cas, comme

mêlés de manière presque indivisible; doit-on alors juger que le professionnel qui les a exécutés était lié envers son cocontractant par un double lien contractuel ?

L'agent d'assurances qui est réputé être un mandataire de sa compagnie met aussi à sa disposition une activité toute matérielle dans la recherche des clients (publicité à effectuer), dans les vérifications qu'il doit s'imposer (visite de lieux)⁵⁵. Mais, si l'on admet que le mandat ne peut avoir pour objet des actes matériels, faut-il admettre qu'entre l'agent et sa compagnie le contrat de mandat se double d'un autre contrat de services ? Une pareille existence d'une double situation contractuelle a été admise par la jurisprudence relativement à un cas très caractéristique, et nous verrons que la solution qu'elle apporte ne manque de revêtir une certaine importance dans les conséquences pratiques qu'elle entraîne.

135. — Il s'agit d'un directeur de société qui peut être à la fois directeur général et directeur technique; le directeur général est « un fonctionnaire ou employé principal de la société qui, sous les ordres des administrateurs et par délégation de partie de leurs pouvoirs, dirige l'ensemble des affaires commerciales, intervient à tous les contrats et dans toutes les instances comme représentant de la société, et d'une façon générale exécute les décisions du conseil d'administration »⁵⁶. La jurisprudence le tient pour un man-

(55) BARRAUT, Les agents d'assurances. Thèse, Paris 1917, p. 26 et s.

(56) LYON-CAEN et RENAULT, Traité de droit commercial, 5^e édit., T. 22, p. 292.

dataire, salarié ou gratuit, et il est révocable ad nutum en vertu de l'article 22 de la loi du 24 juillet 1867⁵⁷. Le directeur technique, au contraire, ne gère pas la masse des affaires de la société, comme le directeur général, son activité est plutôt matérielle; il « n'est qu'un agent du conseil d'administration », le premier employé de la société⁵⁸, lié envers elle par un louage de services⁵⁹. Aussi n'est-il pas révocable ad nutum⁶⁰. La distinction entre ces deux directeurs semble avoir sa source dans l'étendue différente des pouvoirs qui leur sont conférés⁶¹.

La distinction entre eux peut être parfois assez délicate en raison de l'étendue des fonctions du directeur technique. Et surtout les deux qualités peuvent coexister dans la même personne, le directeur technique absorbant également les fonctions de directeur général; le même individu est alors mandataire et locateur de services par rapport à la société pour laquelle il agit, il y a cumul de deux fonctions. Cependant la coexistence de ces deux liens contractuels engendre des conséquences pratiques totalement opposées; le mandataire, on l'a vu, est révocable ad nutum et non le locateur de services. La jurisprudence,

(57) Paris, 25 juil. 1893. D. 1894. 2. 6; Paris, 18 av. 1912, S. 1914. 2. 129, note WAHL; Cass. 15 juin 1925, J. Soc. 1927, p. 342; Cass. req. 1^{er} nov. 1928, DH. 573; dans ce dernier arrêt, on trouve le terme gérant au lieu de celui de directeur.

(58) LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, p. 297.

(59) Cass. 12 déc. 1892, D. 1893. 1. 164; Chambéry, 28 février 1900, D. 1900. 2. 503.

(60) Req. 22 déc. 1913, D. 1916. 1. 115; Cass. 20 oct. 1925. Rev. soc. 1926, p. 19.

(61) GONTIER, Thèse Aix 1911 : le directeur et l'administrateur délégué de la société anonyme, p. 19; Paris, 13 déc. 1883. D. 1885. 2. 8; Req. 2 janvier 1888, D. 1889. 1. 184.

au lieu de faire prédominer l'un des éléments sur l'autre, et d'appliquer uniquement les conséquences qui en découlent, a jugé qu'il n'y avait pas indivisibilité entre les deux fonctions », qualités nullement incompatibles », dit la chambre des Requêtes, en sorte qu'il ne suffit pas pour écarter l'existence de l'une d'établir l'existence de l'autre ⁶². Aussi le fait que la charge de directeur général est révoquée, ne doit pas entraîner pour son titulaire une révocation de celle de directeur technique. La jurisprudence nous offre ainsi un exemple frappant de superposition de deux contrats, et elle n'hésite même pas à appliquer simultanément les conséquences pratiques que cette superposition entraîne.

136. — Mais une semblable solution ne peut pas toujours être adoptée et il peut être parfois nécessaire de concilier les éléments divers qui se trouvent en présence, de ramener la complexité de la situation à l'unité du lien contractuel; il en sera ainsi au cas où les différents effets pratiques engendrés seraient inconciliables ou encore si l'un des éléments invoqués, soit actes matériels, soit actes juridiques, était trop peu caractéristique et important pour en faire l'objet d'un contrat spécial. Quel élément fera-t-on prédominer et jugera-t-on déterminant ? On a parlé pour résoudre ce problème d'élément principal et d'élément accessoire. « Il existe en notre droit une théorie

(62) Req. 15 juin 1925, DH. 1925, 465; en ce sens aussi; Cass. 12 déc. 1892, D. 1893. 1. 164; Paris, 14 mars 1907, Gaz. Pal. 1907. 1. 619; Civ. 9 juil. 1923, D. 1926. 1. 40; Paris, 29 nov. 1926, J. soc. 1928. p. 405; Comm. Seine, 12 janvier 1927, J. soc. 1928, 30.

de l'accessoire », dit M. Crémieu ⁶³, « il se produit une sorte de phénomène d'attraction : le principal attire l'accessoire dans sa sphère juridique; il lui imprime sa nature. Un élément doit être réputé accessoire lorsqu'il apparaît comme le complément d'un autre élément dont il vient augmenter l'utilité ou faciliter l'adaptation à un but économique déterminé... L'élément principal, au contraire, est celui qui continue à remplir sa fonction juridique ou économique, qui conserve sa nature originaire même lorsqu'on le sépare de l'élément qui était venu se joindre à lui ». Mais peut-on ainsi parler de théorie générale de l'accessoire ? Il faudrait aussi éviter d'en faire une application trop rigoriste, ne pas dire qu'un même individu ne peut « à certains points de vue être traité comme mandataire et à d'autres comme un locateur de services, que ce doit être tout l'un ou tout l'autre » ⁶⁴. Pourquoi parler « d'unité nécessaire » d'une situation contractuelle, nous avons bien montré des cas de coexistence de deux contrats, tel celui du directeur d'une société possédant à la fois la direction générale et la direction technique. Parler d'accessoire d'ailleurs équivaut évidemment à faire reconnaître la nécessité de s'inspirer « du but essentiel de l'opération juridique » ⁶⁵. Il ne faut pas se dissimuler que le contrat d'entreprise peut entraîner de la part de celui qui l'exécute une certaine activité juridique; cependant l'existence de cette activité doit-elle inévitablement impliquer la naissance d'un rapport de

(63) CRÉMIEU, *Rev. trim.*, 1911, p. 942.

(64) CRÉMIEU, *loc. cit.*

(65) PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique*. T. VI, p. 52.

mandat entre les parties ? Le but essentiel du contrat d'entreprise est bien différent de celui qui aurait animé un mandat, dans lequel l'objectif visé est la jouissance des effets des actes juridiques d'autrui; ici, au contraire, le but envisagé est l'accomplissement d'un ouvrage, essentiellement composé d'une série d'actes matériels, mais qui, accidentellement, peut comprendre la réalisation d'actes juridiques; le pouvoir d'agir n'a aucunement été le moteur initial de l'opération. Dans le mandat, tout au contraire, le but essentiel du mandant étant de jouir des droits et des obligations du mandataire, celui-ci exerce essentiellement une activité juridique. Mais il n'empêche qu'en vertu de son titre même de mandataire, il peut aussi effectuer des actes techniques, tout matériels, absolument nécessaires à la conclusion des contrats qu'il s'est chargé de réaliser; les deux branches d'activité matérielle et juridique sont indissolublement unies. Comment reconnaîtra-t-on le but primordial envisagé par les parties ? Si activité juridique et matérielle apparaissent ainsi liées, le critérium fondé sur la nature de l'objet du contrat perd toute valeur pratique.

137. — Mais souvent d'ailleurs la complexité que l'on croit découvrir dans l'activité dépensée, qui serait à la fois matérielle et juridique, n'existe pas en réalité. C'est l'hypothèse de l'employé de chemin de fer qui vient réclamer à un voyageur le paiement d'une taxe supplémentaire pour un parcours effectué sans coupon.⁶⁶ Or cet employé est tué au cours de sa

(66) Cr d'appel, Gand, 9 fév. 1904, Belgique, Judic. 17 et 20 mars 1904.

mission et vient invoquer contre la compagnie (en l'espèce, il s'agissait de l'Etat belge) la règle posée par l'article 2000 du code civil, réservé au mandataire. Cet employé était-il réellement mandataire ? a-t-il vraiment exécuté un acte juridique ? Nous ne le croyons pas, car il n'a eu aucune part décisive ni à la formation, ni à l'exécution du contrat de transport ; le contrat est formé dès que le voyageur accepte les conditions qu'il est réputé connaître ; l'employé qui exige les billets à la sortie, comme celui qui les délivre aux guichets, ne fait que prêter soit à l'exécution, soit à la formation du contrat une assistance purement matérielle et n'accomplit au contraire aucun acte juridique⁶⁷. Cette activité matérielle il la fournissait en vertu du contrat de travail qui le liait à son employeur. Ce n'est évidemment qu'un exemple, mais qui se répète mille fois⁶⁸. Dans tous ces cas il n'y a donc nullement lieu de se demander si l'on doit ramener la situation contractuelle à l'unité ou laisser subsister côte à côte mandat d'une part et contrat de travail ou d'entreprise d'autre part.

Nous croyons qu'il est impossible de fonder la détermination du mandat sur la nature de son objet ; il serait excessif de juger que la seule invention d'une activité juridique fournie à autrui soit suffisante pour nier l'existence d'un contrat de travail ou d'entreprise. Le mandataire, de son côté, peut, en vue de la seule exécution de son contrat, être tenu d'accomplir certains actes matériels, sans que la réalisation de pa-

(67) Exposé de l'avocat général WOUTERS. Belg. Jud. loc. cit.

(68) Cf. PLANIOL, Traité élémentaire, p. 746, note 2.

reils actes nécessite le recours à une justification autre que celle de ses rapports de mandataire à mandant. Le pouvoir concédé suppose bien, étant donné nos conceptions actuelles, que vous soyez l'auteur d'actes juridiques effectués pour mon compte. Mais de là à donner une valeur entière au critérium proposé, à dire que l'existence de ces actes est révélatrice d'un mandat, il y a un pas que l'on ne peut franchir.

138. — *Détermination contractuelle et responsabilité professionnelle.*

Un contrat a été passé entre un particulier et un professionnel, médecin par exemple, quelles sont, au point de vue de la responsabilité, les conséquences de l'exécution de la convention ?

Celui qui doit répondre de l'activité fournie sera évidemment tenu en vertu de l'article 1137, et l'on devra établir ce à quoi il s'était engagé; il sera donc particulièrement intéressant de connaître la nature de la convention passée entre cet individu et son client. Il est précisément curieux de noter que, si on a souvent qualifié de mandats les contrats portant sur des services fournis par les professions libérales (avocat, médecin), on obéissait encore parfois à la tradition romaine qui portait à ces professions un respect tout particulier, qui répugnait à les considérer comme travaux ordinaires et par suite acceptait de leur appliquer des règles de responsabilité particulièrement larges. Aujourd'hui, au contraire, la jurisprudence apparaît comme prenant argument du caractère plus technique, plus indépendant de

telles professions, pour leur appliquer non seulement les règles de la responsabilité contractuelle, mais aussi les dispositions très générales de l'article 1382 du code civil ⁶⁹; au cas même d'existence d'un contrat passé entre les parties, client et professionnel, elle ne manque pas de juger que celui-ci ne saurait se soustraire à une responsabilité délictuelle très étendue; dès lors la responsabilité contractuelle n'a rien supprimé des dispositions de l'article 1382 qui demeure toujours applicable ⁷⁰.

Un rapprochement de ces deux responsabilités devenait particulièrement facile en matière professionnelle du fait que, très souvent, l'objet de l'activité envisagée ne saurait être constitué par la promesse d'un résultat certain; le médecin ne peut évidemment s'engager à ce que l'opération qu'il réalisera rende, de manière certaine, la santé au patient. Il y a des réactions physiques imprévisibles dont il ne peut répondre. De même l'avocat ne peut prétendre au gain assuré d'une affaire ⁷¹. Aussi a-t-on proposé de voir dans l'obligation assumée par ces individus une obligation de moyen plutôt que de résultat ⁷²; ce que l'on attend du médecin, ce sont des soins d'une qualité donnée, en rapport avec son autorité professionnelle, et qui, espère-t-on, conduiront au résultat que l'on désire voir atteint. De l'avocat, on attend

(69) Cf. *infra*, n° 139.

(70) RIPERT, *Droit maritime*, 2^e édit. T. II, p. 559.

(71) BARASSI, *Contratto di lavoro e mandato*, p. 161.

(72) DEMOGUE, V, p. 538, 542, 544; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique*, t. 6 par ESMEIN, n° 377. Application de cette idée en jurisprudence, 5 février 1929, *Gaz. Pal.* 1929. I. 649, relatif à un cas de responsabilité chirurgicale.

des conseils suffisamment éclairés, une plaidoirie normalement étayée. Si bien que pour rendre le professionnel responsable, il ne suffit pas d'invoquer l'absence d'un résultat positif, guérison du malade ou gain du procès, mais il faut établir que le professionnel n'a pas fourni les services ou qu'il en a fourni d'une qualité inférieure à ceux que l'on était en droit d'attendre, qu'il a commis une faute, cette faute ayant été cause du dommage subi par le client. La preuve apparaît donc la même dans la responsabilité contractuelle que dans la responsabilité délictuelle⁷³; le demandeur éprouvera donc les mêmes difficultés pour établir l'une ou l'autre de ces responsabilités.

139. — Mais la raison la plus frappante de l'extension réalisée par la jurisprudence, de l'article 1382 tient au caractère professionnel de la faute intervenue. La profession se présente sous la forme d'une « activité sociale spécialisée dans un sens déterminé... dans un sens technique précis »⁷⁴, activité organisée suivant un statut comportant un ensemble de règles auxquelles se soumettent tous les individus qui exercent cette profession. Ces professionnels doivent offrir une compétence suffisante; les particuliers sont en droit d'avoir confiance en leurs services, d'autant plus qu'ils ne peuvent d'ordinaire les contrôler. Le professionnel est donc responsable par le seul fait qu'il a violé le statut auquel il est soumis, que son

(73) H. MAZEAUD, Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. *Rev. trim.* 1929, p. 612.

(74) BONNECASE, *Droit commercial maritime*. Paris 1922, n° 435; cf. aussi n° 612.

activité a été nuisible à autrui en même temps que contraire à l'usage qu'il devait faire de sa compétence et aux droits qui en découlaient⁷⁵. Des applications particulièrement intéressantes de ces idées ont été réalisées en matière de responsabilité médicale et notariale.

Le médecin en effet exerce une profession qui pourrait être particulièrement dangereuse pour le public s'il abusait de l'indépendance qu'on lui reconnaît, et de la latitude qui lui est laissée dans les soins qu'il doit donner⁷⁶. Pour qu'il ne soit pas responsable, il ne suffit pas évidemment qu'il ait obtenu le consentement du patient aux soins qu'il va lui donner, mais qu'il soit exempt de toute négligence professionnelle. Les tribunaux ne peuvent assurément juger de la qualité purement médicale des soins donnés et pour cela ils font appel à des experts; on les a cependant vus parfois décider en sens contraire de l'avis même des experts⁷⁷. La jurisprudence a invoqué le terme de faute lourde pour qualifier celle qui constitue un manquement certain aux règles communément admises en matière médicale. Mais il ne faudrait pas se

(75) DEMOGUE, *Professionisti e non professionisti nel diritto civile*, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1921, p. 5 et s.; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique*, t. VI, p. 715.

(76) Si le médecin doit toujours en effet exiger le consentement du malade avant de lui appliquer les ressources de son art, il peut cependant en certains cas aller contre la volonté du patient; cf. GARRAUD et M. LABORDE-LACOSTE, *Rôle de la volonté du médecin et du patient quant au traitement médical et à l'intervention chirurgicale*, dans *revue générale de droit*, 1926-1927, p. 221 et s., ou encore, pendant l'application des soins, il peut, si le besoin s'en fait sentir, adopter un nouveau traitement, orienter autrement qu'il n'était prévu son intervention chirurgicale, Paris, 18 juin 1923, *Gaz. Pal.* 26 nov. 1923.

(77) JOSSERAND, note au D. 1927. 1. 137.

tromper sur le sens de ce terme et croire qu'il apporte une dérogation au principe très large de responsabilité de l'article 1382; la faute lourde professionnelle n'est donc pas équivalente à la faute lourde au sens juridique ⁷⁸. Un arrêt de la chambre des Requêtes du 18 juin 1835 ⁷⁹ a été le premier à établir la responsabilité du médecin d'après les articles 1382 et 1383 du code civil; mais désormais, qu'il y ait ou non un contrat intervenu, la jurisprudence fait constamment appel à la responsabilité délictuelle ⁸⁰; elle donne ainsi aux parties le choix entre deux responsabilités lorsque la faute du médecin a constitué également une « inexécution d'une obligation créée par le contrat » ⁸¹.

La responsabilité du notaire offre également une application frappante de l'extension donnée par la jurisprudence au devoir professionnel sanctionné par l'article 1382 du code civil. En principe, le conseil n'oblige pas celui qui le donne ⁸²; le notaire cependant est responsable des conseils qu'il donne à ceux qui sont en rapport avec lui ⁸³, il doit les renseigner

(78) Req. 21 juil. 1919, en sous note, S. 1922. 2. 113.

(79) S. 1835. 1. 401.

(80) Cass. 21 juil. 1919, D. 1920. 1. 30; Paris, 26 juin 1919, S. 1922. 2. 113; Cass. civ. 29 nov. 1920, D. 1921. 1. 119; Trib. civ. Lyon, 10 nov. 1923, La loi, 23 déc. 1923; Le Havre, 22 mars 1924, Gaz. Trib. 7 sept. 1924. Ce dernier cas constitue un cas typique où devait être applicable la responsabilité contractuelle; la condamnation fut prononcée à la fois pour faute de droit commun et pour faute médicale.

(81) H. MAZEAUD, Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle. Rev. trim. 1929, p. 614; MEIGNÉ, Responsabilité et contrat. Thèse Lille, 1924, p. 276, 277.

(82) DEMOLOMBE, Drt civ. T. XXXI, n° 535; AUBRY et RAU, 5° édit. T. VI, n° 156; LAURENT, t. 27, p. 407, n° 357.

(83) CHASSEGROS, Le rôle de conseil des notaires. Thèse Lyon 1928, p. 144 et s.; Jurisprudence très abondante : trib. Soissons,

sur les conséquences des engagements qu'ils contractent. En vertu de quel principe doit-on expliquer cette solution ? La jurisprudence a longtemps fait appel à l'existence d'un rapport contractuel entre les parties, elle invoquait alors un mandat tacite, ou elle parlait même de mandat légal⁸⁴; toute base conventionnelle disparaissait en ce dernier cas. Nous croyons d'ailleurs que ce devoir de conseil peut engendrer une responsabilité contractuelle s'il dépend normalement de l'exécution du contrat passé entre le notaire et son client⁸⁵. Mais il arrive le plus souvent que le notaire conseille ce dernier relativement à des formalités tout à fait extrinsèques aux actes qu'il devait réaliser, ou sans qu'on puisse établir qu'il soit lié envers son client par un contrat; la jurisprudence invoque fréquemment un mandat tacite sans en prouver l'existence réelle. Ce devoir de conseil doit plutôt être conçu comme un devoir très général existant à la charge du notaire; ce professionnel est un fonctionnaire public investi d'une certaine autorité et c'est ce caractère de fonction officielle qui l'oblige à conseiller ses clients sans qu'il existe toutefois un

13 mai 1857, S. 1858. 1. 817; Cass. civ. 9 mai 1916, D. 1921. 1. 24; Civ. 21 juil. 1921, S. 1922. 1. 172; Civ. 2 janvier 1924, S. 1924. 1. 169, note VIALLETON.

(84) Pau, 26 mars 1890, D. 1891. 2. 110; note de PLANIOL sous Lyon, 20 mars 1900, D. 1901. 2. 201; Req. 7 juin 1910, D. 1911. 1. 292; dans ces arrêts où il est jugé que le devoir du notaire découle d'un mandat tacite, il apparaît bien que l'invocation du mandat n'est qu'un procédé commode invoqué pour établir la responsabilité du notaire. Montpellier, 30 juin 1890, D. 1891. 2. 181. Cf. aussi Melun, 25 nov. 1927, S. 1928. 2. 46, relatif à une interprétation particulièrement large de la faute dans l'exécution du mandat.

(85) SAVATIER, *Le devoir de conseil du notaire dans la jurisprudence contemporaine*. Répert. Génér. prat. du notariat, 1927, art. 21. 347, p. 166.

texte de loi comportant formellement cette obligation. On dira qu'il est tenu d'un devoir moral envers le public⁸⁶, plutôt d'une obligation légale au sens large, consacrée par la jurisprudence, existant en raison de ses capacités professionnelles, en vertu même de sa charge. Aussi lui appliquera-t-on les articles 1382 et 1384 du code civil⁸⁷, alors même que l'on pourrait invoquer l'existence d'un lien contractuel entre ce notaire et son client. Ce devoir de conseil est d'ailleurs plus impérieux envers les tiers inexperts en matière juridique⁸⁸; plus l'individu avec qui le notaire est en rapports a de connaissances juridiques, moins ce dernier est évidemment en droit de se croire tenu à des renseignements sur les conséquences des actes auxquels il a participé. En décider ainsi, c'est donner une exacte appréciation de son obligation professionnelle de conseiller. Mais la jurisprudence fait aussi une distinction entre les clients habituels ou non du notaire, et ce dernier serait plus lourdement responsable envers ceux qui le consultent normalement⁸⁹. Il y a lieu de se demander si, en appréciant de cette manière la responsabilité notariale, la jurisprudence ne fait pas une concession au domaine contractuel, car ces clients habituels seront ceux qui auront utilisé déjà les services du notaire et probablement aussi en vertu d'un contrat. Si le de-

(86) SAVATIER, *op. cit.*, p. 168 et s.; H. SÉNAMAUD, *Le devoir de conseil des notaires*. Thèse Poitiers, 1924, p. 45.

(87) Cass. 9 mai 1916, D. 1921. 1. 24; Cass. civ. 21 juil. 1921, S. 1922. 1. 172, D. 1925. 1. 29; Cass. civ. 2 janv. 1924, S. 1924. 1. 169.

(88) Cass. civ. 2 janv. 1924, *préc.*; Lyon, 20 mars 1900, D. 1901. 2. 201.

(89) Trib. civ. du Rhône, 12 nov. 1926, DH. 1927. 111.

voir de conseil est vraiment une obligation légale professionnelle; il existe aussi bien envers tous ceux qui ont besoin d'en profiter, quelqueaient été leurs rapports précédents avec le notaire. Un jugement du tribunal civil de Nice reconnaît d'ailleurs ce devoir très général du notaire⁹⁰.

(90) Trib. civ. Nice, 3 mars 1926, Gaz. Pal. 1926. 2. 126.

CONCLUSION

140. — Détermination, avons-nous précisé, consiste en une indication exacte des limites d'un acte juridique, d'un contrat, cette indication devant ainsi aboutir à fixer les caractères mêmes de l'acte ou de la convention que l'on a examinés. Or, au terme de cette étude, on ne manquera pas de regretter que tant de solutions contradictoires se soient offertes, qu'un nombre aussi élevé de directives différentes ait été présenté par notre jurisprudence. Des applications pratiques nombreuses, où voisinent les règles les plus diverses, se sont montrées particulièrement rebelles à être rangées dans une catégorie réelle donnée, encore que l'on se soit accordé sur la catégorie qu'il eût fallut appliquer. Devenu salarié, le mandat allait s'infiltrer de plus en plus dans tout le domaine de l'activité professionnelle. Quel salarié en effet ne désirait jouir de la règle de l'article 2000? Parfois, au contraire, c'était l'employeur à qui appartenait un intérêt particulier à se prévaloir des règles du contrat de mandat, soit à raison des dispositions prévoyant la révocation du mandataire, soit pour éviter les conséquences inhérentes au contrat de travail, telles les dispositions de la loi du 9 avril 1898, relative aux accidents du travail.

Il est indéniable qu'en droit positif français, l'exis-

tence d'une rémunération ou le mode suivant lequel elle doit être versée, ne peuvent être retenus pour éléments déterminants du contrat de mandat. Ne peut pas davantage être retenue l'idée d'indépendance du mandataire, encore que, dans la majorité des cas d'application du mandat à l'activité professionnelle, le mandataire soit caractérisé par un manque remarquable de subordination envers celui qui emploie ses services. Au surplus, l'absence de subordination ne vaudrait que pour distinguer le mandat du contrat de travail et non du contrat d'entreprise, où l'indépendance de l'entrepreneur forme également un élément fondamental.

Envisager, par contre, la nature matérielle ou juridique de l'objet de l'activité fournie, supposait déjà que l'on touchât à la nature même du contrat que l'on tentait de définir; cette nature en effet devait nous donner la raison pour laquelle était restreinte au seul domaine des actes juridiques l'application du contrat de mandat; un pouvoir d'agir, tel paraît bien être la raison d'être d'une pareille restriction. Mais devait-on aussi, renversant la proposition, établir que toute prestation d'activité juridique pour le compte d'autrui devait être nécessairement l'indice de l'existence d'un contrat de mandat. Jamais la jurisprudence française n'a donné à la séparation entre l'objet matériel et l'objet juridique de l'activité une pareille valeur de critère; bien au contraire, elle a même parfois entendu comme relevant du mandat des conventions ne concernant uniquement que des actes matériels. Cette solution

d'ailleurs était certes une erreur; l'évolution du mandat en droit français, en effet, a été constamment dominée par une notion qui est rapidement devenue prépondérante, celle de représentation. Si le mandat contrairement aux solutions qu'offrait le droit romain, a été restreint aux seuls actes juridiques, toute l'explication décisive en repose sur l'apparition et l'influence capitale du procédé représentatif. La représentation suppose indubitablement l'existence d'actes juridiques à conclure, elle ne saurait s'appliquer, au contraire, en cas d'une pure activité matérielle; par ce procédé, la déclaration de volonté du représentant même produira ses effets directement dans le patrimoine du représenté, alors que celui-ci n'aura pas participé effectivement à la convention dont émanent les obligations qui le concernent. Cela constitue un procédé de collaboration ou de remplacement spécifiquement juridique, puisqu'il est à base de déclaration de volonté, de pouvoir reçu et mis en œuvre. Les actes matériels apparaissent au contraire comme tout à fait étrangers à ces éléments.

Quant le mandant donne pouvoir d'agir à son mandataire, il est évidemment plus simple que ce pouvoir soit conçu de telle façon qu'il donne droit à ce dernier d'agir au nom du mandant; procédé éminemment pratique, la représentation apparaît ainsi coexister dans la majorité des cas avec le mandat. Notre jurisprudence actuelle, frappée par cette concordance habituelle, s'est laissée aller à une généralisation facile, si bien qu'en droit français posi-

tif aujourd'hui, la représentation est le plus souvent retenue comme l'élément déterminant du mandat; d'un élément qui était naturel à ce contrat, on a essayé de faire un élément essentiel. C'était là une assimilation fâcheuse cependant, logiquement insoutenable et source de complications indéniables; on en est alors arrivé à parler de mandat légal, à limiter évidemment l'influence de plus en plus autonome que la notion de représentation aurait été susceptible d'exercer. Serais-je en effet déjà lié envers vous par un contrat d'entreprise ? il suffit que j'accomplisse un acte juridique en votre nom, c'est-à-dire comme votre représentant, pour qu'à ma qualité d'entrepreneur je joigne celle de mandataire. D'où naît une complication de ma situation, si l'on doit appliquer concurremment les conséquences juridiques qui résultent de l'entreprise et celles qui résultent du mandat, à moins que l'on ne parvienne à déceler la finalité certaine de l'opération, le but même envisagé par les parties; si oui, on utilisera cette idée pour déterminer quelles règles seules doivent s'appliquer à l'exclusion des autres.

141. — Il nous a semblé particulièrement intéressant, en la matière, d'établir les transformations successives subies par la notion de mandat ainsi que la naissance et le développement de celle de représentation; c'est qu'en effet, si le droit romain a fourni un point de départ présentant le contrat de mandat comme une figure juridique aujourd'hui complètement déformée, il sera peut-être appelé à constituer le terme auquel aboutira l'évolution réalisée à tra-

vers l'ancien droit et notre droit français actuel, une fois reconnue à la notion de représentation l'autonomie qui doit lui être accordée. N'est-ce point là d'ailleurs la solution qu'a présentée la législation allemande qui a établi comme caractéristique du mandat la règle de la gratuité des services rendus (art. 662). En droit romain, le mandat avait aussi bien pour objet des actes matériels que des actes juridiques; le procédé représentatif y était encore inconnu, du moins tel qu'il sera précisé par la suite. L'ancien droit, par contre, le verra apparaître et, aussitôt, il acquérera une telle importance, il se développera de telle sorte qu'il en arrivera, pour ainsi dire, à englober le mandat; l'article 1984 de notre code civil n'est pas autre chose que la signification même d'une pareille influence. Mandat et représentation ont ainsi été l'objet d'une assimilation de plus en plus constante.

Ceci d'ailleurs pouvait bien apparaître comme révélateur d'une certaine paresse technique à créer des concepts nouveaux autonomes; mais il est certain que le besoin s'en faisant de plus en plus sentir, la représentation sera présentée davantage comme une notion indépendante de toute autre, ne nécessitant pas toujours une même base contractuelle déterminée. Une pareille transformation ne saurait être évidemment sans influence sur le contrat de mandat lui-même, et ce sera la seconde phase de son évolution, dans laquelle on le dissociera progressivement du procédé représentatif, étant donné la portée singulièrement élargie acquise par ce dernier. « En

réalité, dit M. Planiol, ce que nous appelons mandat est une convention double : il y a à la fois concession du pouvoir de représentation confié au mandataire par le mandant et promesse d'un service à rendre avec ou sans rétribution. La première opération mérite seule le nom de mandat. La seconde sera suivant les cas, une entreprise, un louage de travail, ou une prestation gratuite de services » ¹. Mais en réalité, le mandat comporte bien lui-même une obligation du mandataire à rendre un service au mandant; la concession du pouvoir de représentation regarde avant tout les tiers. Notre jurisprudence aussi est bien de cet avis qu'une pareille concession est caractéristique du mandat, c'est là aujourd'hui, en l'état de notre droit positif, une solution difficilement contestable.

Mais, dès que l'on aura dissocié mandat et représentation, dès que l'on aura consacré l'indépendance de cette dernière institution juridique, il faudra bien se rendre compte que la « convention double » que l'on invoquait sous le seul terme de mandat n'existe plus. Réserver ce contrat aux seuls actes juridiques a été une conséquence directe de l'influence prédominante qu'y a acquise le procédé représentatif; cette influence disparue, il n'y aura plus lieu de restreindre le mandat à ces seuls actes, il s'étendra aussi bien aux actes matériels. Le code allemand qui parle, comme objet du mandat, de « toute affaire » confiée au mandataire, entend ce mot dans son sens

(1) PLANIOL, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1904, p. 489-490.

le plus large, comprenant une activité à la fois matérielle et juridique. Un tel aboutissement supposerait évidemment une singulière modification des conceptions actuelles. Une distinction du mandat d'une part et des contrats de travail ou d'entreprise d'autre part fondée sur une différence dans leur objet ne nous est pas apparue satisfaisante. Aussi bien d'ailleurs la valeur que nous avons accordée à l'élément pouvoir d'agir comme fondement même du contrat de mandat, tenait encore éminemment à la prépondérance de la notion de représentation dans laquelle cet élément s'est particulièrement affirmé.

142. — Au reste, aucune des caractéristiques de l'activité professionnelle que nous avons envisagées ne nous a fourni d'élément exact de détermination du mandat salarié; les diverses solutions qui ont été avancées ont pu tour à tour être critiquées, soit par leur défaut de valeur logique, soit par l'impossibilité d'application pratique. Revenir au contraire, à la solution romaine dans son intégrité première, c'est-à-dire caractériser le mandat par la gratuité de l'activité du mandataire, c'est établir pour ce contrat une détermination facile, en même temps que restreindre évidemment sa portée, c'est lui réserver parmi les catégories contractuelles ayant pour objet l'activité humaine une place originale et significative². Certains même ne vont-ils pas jusqu'à quali-

(2) Le principe de la gratuité du mandat est encore consacré par l'art. 567 du projet de code franco-italien des obligations et des contrats, correspondant à l'art. 1986 de notre code civil. Mais les exceptions possibles à cette règle y sont expressément prévues : « sauf convention ou disposition contraire de la loi » dit

fier cette solution de « seule satisfaisante en législation »³. Si je m'engage gratuitement à réaliser certaines prestations de services, à accomplir une affaire dans votre intérêt, je serai votre mandataire.

Cette solution est bien la seule en effet qui permette de parvenir à l'établissement d'un critère à la fois logique et certain, anéantissant toutes les difficultés d'interprétation, les contradictions que nous avons rencontrées au cours de notre étude. Le simple employé peut, en vertu de son seul contrat de travail, fournir à son patron une activité juridique, sans que l'on soit tenu d'y révéler l'existence nécessaire d'un mandat exprès ou tacite. Ce même individu peut aussi bien représenter celui qui l'emploie, il déclare sa propre volonté; la représentation est ainsi érigée en procédé autonome, dont on ne reconnaît plus l'intégration obligatoire dans un contrat de mandat, à l'encontre de la tendance actuelle affirmée par de nombreuses décisions de jurisprudence. La représentation peut aussi bien exister dans un contrat de travail et d'entreprise; c'est alors reconnaître à ces derniers non pas uniquement un objet matériel, mais également un objet consistant en une activité juridique; c'est donc admettre une dissociation inévitable du concept de pouvoir d'agir et du contrat de mandat,

le texte. — Cf. dans le sens de la gratuité comme caractéristique du contrat de mandat; BARASSI, *Contratto di lavoro e mandato*, § II, p. 136; *Mandato, deposito e contratto di lavoro*, Riv. di diritto commerc. 1914, 1. 101 et s.; CRÉMIEU, *Rev. trim.* 1913, p. 266. L'adoption d'une pareille solution de gratuité est également réalisée par DONATO MAGNO, op. cit. dans la Riv. di dirit. civ. 1929, p. 280, 285.

(3) Collect. des princip. codes étrangers. Traduct. du code civil allemand. T. II, comment. sous le titre X.

alors que ce concept est la seule explication raisonnable actuelle des limites fixées à ce contrat, des caractères fondamentaux qui lui sont reconnus en notre droit positif. Mais la voie qu'elle nous ouvrirait n'est pas loin de mener, on l'a vu, à des impasses décevantes.

Il serait évidemment nécessaire de recourir à un principe de gratuité formel, et donc de repousser catégoriquement toute rémunération conventionnelle. Mais ceci doit nous conduire à reconnaître impossible l'existence d'un mandat commercial. Qui parle de commercialité, en effet, dit spéculation, bénéfices, onérosité des services, tous éléments qui seraient au contraire destructifs de la notion de mandat. Les contrats de services rémunérés ne se trouvant plus désormais limités à une pure activité matérielle, mais pouvant comporter au contraire un pouvoir d'agir, représentatif ou non, fourniraient aux commerçants les moyens nécessaires pour suppléer à leur propre activité juridique déficiente.

Le mandat dès lors, s'oppose nettement aux contrats dans lesquels la prestation d'activité est commandée par le désir qu'a le contractant d'une juste rémunération de ses services : tels sont les contrats de travail et d'entreprise. Eux seuls désormais fourniraient les bases possibles d'une détermination contractuelle de l'activité professionnelle; le titre même de cette étude ne pourrait plus exister, car parler du professionnel, c'est appuyer singulièrement sur le caractère onéreux des services envisagés et par là

repousser complètement la notion de mandat qui supposerait une activité purement gratuite.

En adoptant une semblable solution, on peut aussi fournir une classification logique des modes conventionnels de prestation d'activité humaine. Le mandat y prend une place correspondante à celle qui est réservée aux autres contrats de services; seule l'onérosité ou la gratuité de l'activité les sépare.

143. — Entre le contrat de travail et celui d'entreprise, la notion d'indépendance du professionnel prend de plus en plus valeur de critère : indépendance juridique et indépendance économique. Notre jurisprudence française l'a formellement consacré et désormais, il apparaît donc comme particulièrement difficile de ne pas tenir compte de la situation individuelle des contractants avant de qualifier la convention qui les soumet à une prestation de services. A cette gradation relative à l'indépendance, correspond aussi une gradation relative à la responsabilité des contractants; plus se précise ainsi l'autonomie professionnelle en même temps que la valeur technique du travailleur, plus s'accuse également l'importance de ses responsabilités, telle que nous l'avons révélée par l'examen des professions de médecin et de notaire. La prédominance ainsi accordée à l'idée d'indépendance dans le domaine du contrat d'entreprise conçu sous sa forme la plus large permettrait d'y faire rentrer des conventions comme celles qui interviennent entre des particuliers et les tenants des professions dites libérales. Toute velléité d'invocation du mandat pour les qualifier serait en

tout cas impossible, si l'on réserve à ce contrat le seul domaine d'une activité gratuite; mais cette impossibilité existe aujourd'hui même, et de manière certaine, dans les hypothèses où leur activité est purement matérielle, où elle n'est nullement représentative.

Vu : le Président,

G. RIPERT.

Vu : le Doyen,

H. BERTHÉLÉMY.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Paris,

CHARLÉTY.

TABLE DES MATIERES

BIBLIOGRAPHIE	V
ABRÉVIATIONS	VIII

INTRODUCTION

1. — Position du problème, sa complexité	1
2. — Valeur de la détermination. Réduction du salaire du mandataire. Article 2000. Révocation, etc.	6
3. — Mandat salarié et activité professionnelle. Distinction d'avec le contrat de travail et le contrat d'entreprise	12
4. — Eléments de détermination du mandat salarié et plan	15

CHAPITRE PREMIER

EXAMEN HISTORIQUE.

Droit romain.

Le contrat de mandat et ses applications.

5. — Intérêt des solutions romaines	17
---	----

SECTION I.

Distinction du mandat et du louage.

6. — Locatio operarum et locatio operis faciendi	19
7. — Objet des deux contrats	21
8. — La notion de mandat en droit romain	22
9. — Inexistence de la représentation dans la législation romaine	23

§ 1. — *Objet du mandat et du louage.*

10. — Mandat et louage s'appliquent aux actes matériels	25
11. — Seul le mandat peut comporter des actes juridiques	26
12. — Discussion du défaut d'identité d'objet entre mandat et louage	26
13. — Valeur de critère de cet élément	28

§ 2. — *La rémunération dans le louage et le mandat.*

14. — Nécessité d'une merces dans la locatio operarum.	29
15. — Gratuité du mandat	29
16. — Appréciation de l'honoraire	31
17. — Distinction de la merces et de l'honoraire	32
18. — Confusion de ces expressions dans les textes romains	33

SECTION II.

Mandat et activité professionnelle.

19. — Possibilité d'application du mandat en matière professionnelle, par suite de généralisation de l'honoraire	35
---	----

§ 1. — *Influence de l'évolution des professions à Rome
sur le mandat.*

20. — Dédain des Romains sous l'Empire pour les mé- tiers en général	36
21. — Evolution sociale dès les II ^e et III ^e siècles	38
22. — Applications normales de l'honoraire : méde- cins, avocats	39
23. — Rapprochement des contrats de mandat et de louage	42

§ 2. — *Mandat rémunéré et professions libérales.*

24. — Origine et portée de l'expression operae libe- rales. Leur détermination contractuelle	42
25. — I. Louage. Les services des professions libérales sont-ils susceptibles de louage ?	45
26. — Raison de la non adoption de cette solution ...	46
27. — Intérêt qu'aurait pu présenter la catégorie de la — locatio operis faciendi	46
28. — II. Mandat. Théorie généralement adoptée	48
29. — Défauts de cette solution	49
30. — III. Contrat innommé. Existe-t-il une action praescriptis verbis au profit des professions libé- rales ?	51
31. — Possibilité d'actions in factum	54
32. — Raisons pour lesquelles on n'a pas fait appli- cation du contrat innommé aux professions libérales	56
33. — IV. Cognitio extraordinaria. Origine et extension de la cognitio	57

34. — Admission des demandes reconventionnelles ... 59
35. — Conclusion : évolution du critérium de gratuité. 60

Ancien droit.

36. — Utilisation respective du louage de services et du mandat 61
37. — Principe de la gratuité du mandat 62
38. — Influence des théories romaines 64
39. — Admission de la représentation 66

CHAPITRE II.

LA RÉMUNÉRATION DE L'ACTIVITÉ PROFESSIONNELLE.

40. — La rémunération peut-elle être un élément déterminant du mandat 69

SECTION I.

Existence d'une rémunération.

41. — Principe de la gratuité du mandat, exceptions. 70
42. — Présomptions de mandat salarié; activité professionnelle 71
43. — Nature de rémunération au cas de mandat salarié : valeur rémunératoire 73
44. — La notion d'équivalence et l'estimation des services rendus par les professions libérales 76
45. — Est-il possible d'apprécier objectivement ces services; solutions jurisprudentielles 77

SECTION II.

Mode de rémunération.

46. — Sous quelles formes le mandataire est-il rémunéré : existence fréquente du forfait 80
47. — Impossibilité de distinguer le contrat de travail et celui d'entreprise d'après leur mode rémunération à temps ou à forfait 81
48. — Le forfait est un élément commun à l'entreprise et au mandat 82

CHAPITRE III.

L'indépendance professionnelle.

49. — L'indépendance professionnelle et la détermination contractuelle de l'activité prestée 85

SECTION I.

Subordination et contrats de prestation de travail.

50. — Apport de la jurisprudence	87
--	----

§ 1. — *Subordination économique.*

51. — Ce qu'est la subordination économique	88
---	----

52. — Invocation de la dépendance sociale. Critique .	88
---	----

§ 2. — *Subordination technique.*

53. — Nature de cette subordination	92
---	----

54. — Discussion de cet élément	93
---------------------------------------	----

55. — Sa valeur; application en matière médicale ..	94
---	----

§ 3. — *Subordination juridique.*

56. — Sa nature	97
-----------------------	----

57. — Adoption de cet élément par la jurisprudence comme critère de distinction entre le contrat de travail et le contrat d'entreprise	97
--	----

58. — Coexistence de la subordination juridique et de la subordination économique	98
--	----

59. — L'indépendance professionnelle dans les profes- sions libérales	99
--	----

SECTION II.

Subordination et mandat salarié.

60. — Indépendance normale du mandataire	102
--	-----

61. — Importance du problème par rapport à l'article 1384, alinéa 5 du code civil	105
--	-----

62. — Le rapport de préposition est plus étendu que celui qui résulte du contrat de travail	106
--	-----

63. — Fondement de la responsabilité contractuelle du mandant pour les fautes de son mandataire	107
--	-----

64. — Responsabilité du mandant au cas de délit de son mandataire. Impossibilité d'invoquer comme ex- plication l'idée de représentation	109
--	-----

65. — Le mandataire est-il un préposé ?	110
---	-----

66. — Insuffisance de la notion de choix	111
--	-----

67. — Admission du lien de préposition; existence des ordres et instructions	112
---	-----

68. — Obligation de garantie du mandant vis-à-vis des tiers	114
--	-----

69. — Certains mandataires professionnels ne sont pas des préposés 115
70. — Insuffisance de l'élément d'indépendance professionnelle pour déterminer le mandat salarié ... 117

CHAPITRE IV.

La représentation dans l'activité professionnelle.

71. — L'Influence de la représentation dans le domaine professionnel 119
72. — Nécessité d'approfondir la notion de représentation 121

SECTION I.

La notion de représentation.

73. — Formes variées du procédé représentatif 123
74. — Notion de représentation en présence du principe de la personnalité de l'obligation et de la conception du patrimoine 125

§ 1. — *Fondement de la représentation.*

75. — Explication du procédé représentatif par l'existence d'une fiction : critique 127
76. — Valeur réaliste de la représentation 129
77. — Objections à la théorie fondée sur la volonté du représenté 130
78. — Théorie de la Représentation 131
79. — Confrontation de cette théorie avec le principe de la personnalité des obligations 132
80. — Objections à cette théorie 134
81. — Part à réserver à la volonté du représentant .. 135
82. — Coopération plus ou moins intensive des volontés 136
83. — 1°) Importance de la déclaration de volonté du représentant 137
84. — La « contemplatio domini » 139
85. — 2°) Existence d'un rôle actif du représenté .. 139
86. — La notion de pouvoir. Procuration 140
87. — Quel est le destinataire de la procuration ? ... 144
88. — Conclusions de l'analyse de la notion de représentation 145

§ 2. — *La représentation et des diverses formes de coopération aux actes d'autrui.*

89. — Coopération juridique et coopération matérielle aux actes d'autrui	146
90. — Emploi abusif de la notion de représentation .	148
91. — Appréciation de la qualité des intermédiaires employés	150
92. — Les administrateurs des personnes morales sont-ils des représentants ?	151

SECTION II.

Représentation et mandat salarié.

93. — La représentation est-elle l'élément déterminant du contrat de mandat ?	154
---	-----

§ 1. — *Solutions du droit positif français.*

94. — Argument tiré de l'article 1984	155
94. — Opinion de la doctrine française	156
96. — Concordance habituelle du phénomène représentatif et du mandat	157
97. — Solutions jurisprudentielles	159
98. — Les professionnels qualifiés de mandataires sont très souvent des représentants	160

§ 2. — *Appréciation des solutions de droit positif.*

I. EXISTENCE DU MANDAT NON REPRÉSENTATIF.

99. — Critique de la définition du mandat selon l'article 1984 du code civil	161
100. — Existence d'un mandat non représentatif; la convention de prête-nom	162
101. — La commission du droit commercial est également un mandat non représentatif	165
102. — Impossibilité d'affirmer que partout où il y a mandat, il doit y avoir représentation	169

II. REPRÉSENTATION SANS MANDAT.

103. — Portée différente du mandat et de la représentation	169
104. — Admission de cette portée différente par la doctrine française	171
105. — La représentation est un rapport distinct du mandat	172

106. — La représentation, entité juridique autonome. Droit français	172
107. — La notion d'« agency » en droit anglais	173
108. — La déclaration unilatérale de volonté du repré- senté comme base de la représentation	174
109. — Détermination du rapport contractuel auquel est lié le procédé représentatif	175
110. — Existence de la représentation malgré la révo- cation du mandat	177
111. — Représentation légale. Critique du terme man- dat légal	179
112. — La représentation est un élément naturel au mandat dans sa forme actuelle	180

III. REPRÉSENTATION ET MANDAT DANS L'ACTIVITÉ PROFESSIONNELLE.

113. — Certains professionnels que la jurisprudence qualifie de mandataires ne sont pas représentants. Application aux notaires	180
114. — Nature du contrat intervenu entre le notaire et son client	182
115. — Situation du représentant de commerce	185
116. — Inconvénients de l'assimilation de la représen- tation et du mandat. Application au capitaine de navire	189
117. — Nature du contrat liant le capitaine à l'arma- teur	189
118. — Appréciation de la notion de représentation lé- gale appliquée à la situation du capitaine	191
119. — Nécessité de l'autonomie de la notion de repré- sentation	193

CHAPIRE V.

L'OBJET DE L'ACTIVITÉ PROFESSIONNELLE.

120. — Natures diverses des services fournis par une même profession	197
---	-----

SECTION I.

Nature de l'objet et mandat salarié.

121. — Le contrat de mandat doit-il être déterminé d'après son objet : actes juridiques	199
--	-----

122. — Appréciation de la solution avancée par le projet du code des obligations franco-italien	200
123. — Valeur des expressions « affaire » et « chose »	202
124. — Raisons pour lesquelles il faudrait réserver au mandat le domaine de l'activité juridique : la notion de pouvoir	203
125. — Nature du pouvoir accordé	204
126. — Le mandataire doit participer réellement à la conclusion de l'acte juridique	205
127. — La jurisprudence ne semble pas décidée à fonder la détermination du mandat d'après l'objet de ce contrat	207
128. — Application du contrat de mandat à des hypothèses d'activité purement matérielle : médecins	208
129. — Appréciation de la convention intervenue entre un architecte et son client	210
130. — Distinction du travail intellectuel et du travail manuel	212
131. — Contradictions de la jurisprudence. Examen de la convention intervenue entre l'avocat et son client	213
132. — Objet différent du mandat et de la gestion d'affaires	216
133. — Valeur primordialement négative du critérium fondé sur l'objet du mandat	219

SECTION II.

Complexité de l'activité professionnelle et du mandat salarié.

134. — Une même convention, peut obliger à la fois à des prestations d'activité matérielle et d'activité juridique	221
135. — Coexistence du mandat et du contrat de travail. Directeur général et directeur technique de société	222
136. — Invocation de la théorie de l'accessoire	224
137. — Erreur d'appréciation de la nature de l'activité dépensée	226
138. — Détermination contractuelle et responsabilité délictuelle	228
139. — Influence prédominante réservée à la responsabilité délictuelles : médecins, notaires	230

CONCLUSION

140. — Résultats négatifs obtenus après examen des divers éléments de l'activité professionnelle 237
141. — Evolution progressive du mandat et de la représentation 240
142. — La seule solution acceptable est de faire de la gratuité l'élément essentiel du contrat de mandat . 243
143. — Utilisation de l'indépendance professionnelle. 246



